THÈSE DE
POITIERS.
1884
N°. 3.

DES

PROMESSES & STIPULATIONS

POUR AUTRUI

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

G. PRÉVOT-LEYGONIE

Avocat à la Cour d'Appel.

PARIS

IMPRIMERIE G. ROUGIER ET Cie

1, RUE CASSETTE, 1

1884

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DES PROMESSES ET STIPULATIONS

POUR AUTRUI

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le samedi 12 juin, à midi

PAR

G. PREVOT-LEYGONIE

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. DE LA MÉNARDIÈRE.

Suffragants : MM. LE COURTOIS, PARENTEAU-DUBEUGNON, BONNET, *Professeurs.* — ARTUR, *Agrégé*,

PARIS

IMPRIMERIE G. ROUGIER ET Cie

1, RUE CASSETTE, 1

1884

FACULTE DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A ✪), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✲ I ✪), *Doyen, honoraire, professeur de Droit administratif et d'Economie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRE (✲ I ✪), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✪), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✪), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ✪), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A ✪), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (A ✪), *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ✪), *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

MOUCHET, *agrégé.*

COULON (I ✪), *secrétaire-agent-comptable.*

MEIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0034

INTRODUCTION

1. La théorie des promesses et stipulations pour autrui soulève encore de vives controverses. Née en droit romain, elle a traversé tout notre ancien droit, et elle est entrée dans le Code civil, sans dépouiller un vieux renom d'obscurité qui semble la poursuivre. Les deux règles romaines : « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest, » ont été de tout temps rangées au nombre des questions épineuses et redoutées. De nos jours encore, après tant de savants travaux, l'article 1119, qui les reproduit, passe pour l'un des plus inexplicables du Code civil, et, si nous n'avions craint d'exagérer les difficultés du sujet que nous nous proposons de traiter, nous aurions pu prendre pour épigraphe les plaintes quelque peu barbares d'un vieux jurisconsulte : « Hæc materia, doctorum opinionibus plurimum offuscata, et dudum ab interpretibus vexata, apud omnes ju-

risconsultos reputatur obscura, difficilis, et intricata (1). »

2. Pour éviter de nous égarer dans ce dédale de controverses séculaires, nous croyons devoir jeter un coup d'œil d'ensemble sur la route à suivre, afin d'en préciser le but et d'en marquer exactement les limites. Les jurisconsultes romains et les rédacteurs du Code civil sont d'accord pour soumettre les promesses et les stipulations pour autrui à un régime spécial; il faut donc, avant d'aborder l'étude des textes, déterminer les contrats auxquels ce régime doit s'appliquer. En outre, il n'est peut-être pas inutile de distinguer et de caractériser par avance les principales questions que soulève notre sujet.

3. Que faut-il entendre par contrats pour autrui, et comment les distinguer des contrats pour soi-même? Il faut s'attacher à l'intention des contractants. Le but de tout contrat est de faire naître des droits de créance ou d'obligation. Or, si les contractants ont l'intention de faire naître ces droits dans leur propre personne, il est évident qu'ils ne font pas un contrat pour autrui : « les personnes agissantes dans le contrat sont absolument les

(1) Scaccia, *Tractatus de commerciis*, § 1, quest. 2, nos 11 et 18, cité par MM. Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de commission*, t. I, p. 178.

mêmes que celles qui se rencontrent comme parties dans l'obligation; les contractants et les parties sont des personnes identiques (1). » Si, au contraire, l'intention des contractants est de faire naître ces droits dans la personne d'un tiers, d'un individu qui n'a pas figuré par lui-même à l'opération, ils font un contrat pour autrui. Dans ce cas, en effet, les contractants et les parties ne sont plus des personnes identiques, et le but poursuivi par les contractants est de rendre un tiers débiteur ou créancier. Dans la pratique, il peut être quelquefois difficile de déterminer exactement cette intention, de reconnaître si l'on a voulu faire un contrat pour autrui ou un contrat pour soi-même; mais c'est là une difficulté d'interprétation qui n'infirme en rien la valeur du principe. Qu'est-ce donc qu'une promesse pour autrui? C'est tout contrat qui a pour but de rendre un tiers débiteur. Qu'est-ce qu'une stipulation pour autrui? C'est tout contrat qui a pour but de rendre un tiers créancier.

4. Pour qu'un contrat soit conforme à cette définition, il faut, en principe, qu'il désigne un tiers comme devant accomplir la prestation promise: c'est là le signe auquel on reconnaîtra le plus souvent l'intention des contractants. Si donc je promets ou stipule dans l'intérêt d'un tiers, mais en mon propre nom, c'est-à-dire sans désigner le tiers comme devant devenir débiteur ou créancier par

(1) De Savigny, *Le Droit des obligations*, trad. Hippert, § 53.

l'effet du contrat, je ne fais pas un véritable contrat pour autrui. Dans ce cas, en effet, je contracte ostensiblement pour moi-même, et si, plus tard, je communique au tiers les bénéfices ou les charges de l'opération, c'est une affaire à part qui n'a rien de commun avec la promesse ou la stipulation. C'était ainsi, comme nous le verrons, que le mandataire devait contracter en droit romain; dans notre droit, c'est encore ainsi que procède ordinairement le commissionnaire (art. 92 C. comm.), et même en droit civil, le mandataire désigné par l'appellation de prête-nom. Tous ces intermédiaires contractent dans l'intérêt d'un tiers, mais ne font pas de véritables contrats pour autrui, parce qu'ils ne désignent pas le tiers comme devant devenir débiteur ou créancier par l'effet du contrat.

En revanche, la désignation d'un tiers comme devant accomplir ou recevoir la prestation promise ne suffit pas toujours à constituer un contrat pour autrui; il faut que cette désignation tende à faire naître dans la personne du tiers un droit de créance ou d'obligation.

A Rome, par exemple, on recourait fréquemment à la stipulation suivante : « Mihi et Seio dare spondes? spondeo. » La désignation de Seius n'avait d'autre but que de le constituer mandataire à l'effet de recevoir le paiement. Il n'y avait donc pas stipulation pour autrui, mais stipulation pour soi-même, puisque le stipulant entendait acquérir pour lui-même le droit de créance. De même, si

le stipulant a un intérêt pécuniaire évident à la réalisation d'un avantage stipulé pour un tiers, il est assez naturel d'en conclure, sauf déclaration ou preuve contraire, qu'il a voulu faire sa propre affaire, stipuler pour lui-même, plutôt que procurer au tiers un droit de créance. En résumé, ce sont là des questions d'interprétation, infiniment variées dans la pratique, mais qui peuvent toutes se ramener à un principe général : il y a contrat pour autrui toutes les fois que les contractants ont l'intention de faire naître un droit de créance ou d'obligation dans la personne d'un tiers.

5. Il est à peine besoin de noter que, dans le cours de notre étude, les mots *promesse* et *stipulation* seront souvent pris dans leur sens générique, et non dans le sens qu'ils ont d'ordinaire en droit romain. Stipuler, ce n'est pas seulement prononcer les paroles du contrat *verbis*, c'est aussi, dans une acception plus large, contracter à l'effet de devenir créancier, de même que promettre, c'est contracter à l'effet de devenir débiteur. En droit romain, les règles que nous nous proposons d'étudier étaient exposées à propos du contrat de stipulation, parce que la stipulation était le contrat type, le contrat romain par excellence, mais ces règles s'appliquaient indistinctement à tous les actes producteurs d'obligations. Ajoutons que dans notre langue juridique, promettre ou stipuler signifie souvent aliéner ou acquérir, car, sous l'empire du

Code civil, la propriété se transfère par le seul effet des conventions (art. 1138 C. civ.). En conséquence, tout ce qui sera dit en droit français des promesses et stipulations pourra s'appliquer également aux aliénations et acquisitions pour autrui. En droit romain, au contraire, où la translation de propriété ne pouvait s'opérer qu'au moyen de procédés rigoureusement distincts des contrats, nous aurons d'importantes différences à signaler entre le régime des acquisitions et le régime des contrats pour autrui.

6. Précisons maintenant les principaux points sur lesquels devra porter notre étude. Tout contrat pour autrui donne lieu aux deux questions suivantes : 1° Le tiers dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé devient-il débiteur ou créancier par l'effet de la convention? 2° Entre le stipulant et le promettant, la convention fait-elle naître un lien de droit? Ces deux questions doivent être soigneusement distinguées, parce que les principes qu'elles mettent en jeu ne pouvaient manquer d'avoir dans l'histoire des législations des destinées très différentes.

La première de ces questions, celle des effets dans la personne du tiers, n'est pas autre chose qu'une question de représentation. Demander si un tiers peut devenir débiteur ou créancier en vertu d'un contrat auquel il ne figure pas personnellement, c'est demander s'il peut être valablement

représenté par celui qui agit en son nom. Les contrats ne produisent d'effet qu'entre les parties, c'est-à-dire entre les personnes qui ont consenti : « Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest. » Par conséquent, pour qu'un tiers puisse souffrir ou se prévaloir d'un contrat qu'il n'a pas fait lui-même, il faut, de toute nécessité, que son consentement ait pu être manifesté valablement par celui qui a stipulé ou promis en son nom. Or, c'est là une question dont la solution varie suivant les époques. L'idée de représentation, cette fiction légale, mais parfaitement rationnelle, qui fait considérer le consentement formulé par le représentant comme émané du représenté lui-même, c'est une idée abstraite qui ne se rencontre pas dans les législations primitives. En droit romain, la représentation était rigoureusement interdite dans tous les actes juridiques; chacun devait agir par lui-même et pour son propre compte; on ne pouvait rien acquérir par l'entremise d'un tiers : « Per extraneam personam nihil adquiri posse. » Dès lors, il est évident que la promesse ou la stipulation pour autrui ne pouvait rendre créancier ou débiteur le tiers dont on avait promis le fait ou pour lequel on avait stipulé : elle était à son égard *res inter inter alios acta*. Au contraire, dans les législations qui admettent la représentation, rien ne s'oppose à ce que la promesse ou la stipulation produise son effet dans la personne du tiers, s'il a été représenté. On voit que le principe mis en jeu par cette première

question n'a rien d'immuable; il se transforme avec le temps et suit les progrès de la civilisation.

7. Venons maintenant à notre seconde question : entre le stipulant et le promettant, la convention pour autrui fait-elle naître un lien de droit? Je vous ai promis que Primus vous construirait une maison : pouvez-vous exiger de moi, promettant, l'exécution du contrat, ou des dommages-intérêts en cas d'inexécution? J'ai stipulé de vous que vous donneriez 1,000 fr. à Paul : suis-je muni d'une action, et puis-je vous contraindre à verser la somme promise?

La réponse à cette double question est contenue dans les deux règles fameuses : « Nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest. » Les jurisconsultes qui ont écrit sur le droit romain n'ont pas toujours distingué bien nettement le domaine exact de ces deux règles, et c'est une des causes de l'obscurité qui règne sur la matière; mais voici le sens qu'elles paraissent avoir dans les textes. « *On ne peut promettre le fait d'autrui* signifie, abstraction faite de toute idée de mandat, qu'on n'est pas obligé quand on a promis qu'un tiers ferait ou donnerait. Ici, ce n'est pas seulement le tiers qui n'est pas obligé, c'est aussi le promettant qui ne contracte aucune obligation. De même on ne peut stipuler pour autrui : *alteri stipulari nemo potest* signifie, abstraction faite de toute idée de mandat, qu'on ne peut pas acquérir

un droit de créance consistant à obliger celui avec lequel on a contracté à faire pour autrui ou à donner à autrui, ce qui ne ressemble en rien à cette autre règle déjà expliquée qu'on ne peut acquérir à autrui un droit de créance (1). »

Telle est donc la réponse du droit romain : le promettant pour autrui ne s'oblige pas lui-même, le stipulant pour autrui n'acquiert pas d'action. Ces règles, du reste, ne sont pas spéciales au droit romain, elles se retrouvent dans toutes les législations, parce qu'elles reposent sur des principes qui ne changent pas. Pourquoi le promettant pour autrui n'est-il pas obligé par l'effet de sa promesse? C'est parce qu'en promettant qu'un tiers ferait ou donnerait, il n'a pas manifesté l'intention de s'obliger lui-même, et que les obligations ne se présument pas. Pourquoi le stipulant pour autrui n'a-t-il pas d'action à l'effet d'exiger l'exécution du contrat? C'est parce qu'ayant stipulé dans le but de rendre un tiers créancier, il n'a pas eu l'intention d'acquérir pour lui-même un droit de créance, et que, d'autre part, il n'a pas d'intérêt pécuniaire à ce que le contrat soit exécuté à l'égard du tiers. Or il est de principe que les con-

(1) Vernet, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, p. 191. — Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, t. II, p. 241. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 520. Ces deux derniers auteurs ne distinguent pas nettement nos deux questions, mais ils reconnaissent que le sens que nous indiquons est le sens principal, sinon le sens unique des deux règles romaines.

ventions ne reçoivent la sanction de l'autorité publique que si elles tendent à procurer un intérêt pécuniaire à celui qui les invoque : « Inventæ sunt enim, « disait Ulpien, » hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque adquirat quod sua interest; cæterum, ut alii detur, nihil interest mea (1). » Voilà des principes qui sont aussi vrais de notre temps que du temps des jurisconsultes romains. Ils ne sont pas soumis, comme les principes de la représentation, à l'influence des transformations du régime social et des progrès de la science juridique; ce sont des vérités immuables, des règles de droit naturel, qui ont leur raison d'être dans tous les temps, et qui doivent avoir leur place dans toutes les législations.

8. On comprend maintenant l'importance de la distinction que nous avons essayé de mettre en lumière. Si on confondait les deux questions qui se posent à propos des promesses et stipulations pour autrui, on s'exposerait à leur appliquer des règles qui leur sont étrangères, et à transporter dans notre droit des principes qui, depuis longtemps, n'ont plus de raison d'être. C'est pour avoir trop souvent perdu de vue cette distinction, que la plupart des auteurs, comme nous le verrons, n'ont émis sur notre matière qu'une théorie vague, peu rationnelle, et nullement conforme aux véritables intentions du législateur.

(1) L. 38, § 17, D., *de verb. obl.* 45, 1.

On blâme souvent les rédacteurs du Code civil d'avoir reproduit, en matière de promesses et stipulations pour autrui, la doctrine du droit romain. « Beaucoup et des meilleurs, dit M. Demolombe (1), ont blâmé le législateur de cette importation des principes romains dans notre société et dans notre système de contrats. » « C'est à une routine aveugle, dit Marcadé (2), que nous devons ces quatre articles (art. 1119 et suivants) qui ont soulevé tant de difficultés et donné tant de peine aux interprètes. » Ces critiques seraient fondées, si la doctrine du droit romain avait passé tout entière dans le Code civil, si le législateur de 1804 avait reproduit à la fois les règles qui régissaient la question des effets dans la personne du promettant ou du stipulant, et les règles qui régissaient la question des effets dans la personne du tiers. Sur cette dernière question, la solution romaine serait en contradiction formelle avec les principes du droit moderne. En droit romain, le contrat pour autrui était toujours nul à l'égard du tiers, parce que la représentation était interdite; mais, la représentation étant permise dans notre droit, ce serait un contre-sens que de maintenir la nullité du contrat à l'égard du tiers, lorsqu'il a été représenté.

Ces critiques, au contraire, sont dénuées de fondement, si (comme nous essaierons de le démon-

(1) Demolombe, *Traité des obligations*, t. I, n° 209.
(2) Marcadé, t. IV, art. 1119, n° 426.

trer) les rédacteurs du Code civil n'ont voulu emprunter au droit romain que les fameuses règles : nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest. Uniquement relatives à la question des effets dans la personne du promettant ou du stipulant, ces règles sont aussi bien justifiées dans notre droit qu'en droit romain : il est toujours vrai de dire que le promettant pour autrui ne s'oblige pas lui-même, et que le stipulant pour autrui n'acquiert pas d'action.

9. Le sujet étant désormais suffisamment connu dans ses grandes lignes, il ne nous reste plus qu'à dire un mot de la méthode que nous avons suivie. Elle était toute tracée par la distinction que nous avons cru devoir placer en tête de notre étude : nous avons toujours eu soin de séparer ce qui a trait aux effets dans la personne du tiers, de ce qui a trait aux effets à l'égard du promettant ou du stipulant. Il était impossible de traiter la première de ces questions sans faire des emprunts à la théorie de la réprésentation; mais, comme une étude complète de cette importante matière nous eût entraîné bien au delà des limites que nous avons dû nous imposer, nous nous sommes attaché à faire ressortir les principes, sans entrer dans les détails.

DROIT ROMAIN

10. Nous diviserons la première partie de notre étude en deux chapitres. Dans le premier, nous étudierons les promesses et stipulations pour autrui à l'égard du tiers dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé : nous serons ainsi conduit à examiner la portée du principe de non-représentation, et à signaler ses transformations successives. Dans le second chapitre, qui sera consacré aux effets des promesses et stipulations pour autrui à l'égard du promettant ou stipulant, nous étudierons les deux règles fameuses « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest, » et nous verrons comment ces règles sont appliquées dans le cas où la promesse ou stipulation pour autrui est jointe à une promesse ou stipulation pour soi-même.

CHAPITRE PREMIER.

Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui à l'égard du tiers.

Article 1er. — Du principe de non-représentation et de son étendue.

§ 1er.

11. « C'est un des plus anciens principes du droit romain, et ce fut longtemps un des plus absolus, que jamais un acte juridique ne peut être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré, ni par conséquent produire des effets à leur égard. En d'autres termes, les Romains ne connaissent pas la représentation dans le sens moderne du mot (1). » Les textes formulent ce principe en des termes qui embrassent dans leur généralité tous les actes juridiques. C'est ainsi que Gaïus, après avoir énoncé les conséquences de la règle, la résume dans cette formule générale : « Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse, excepto eo quod quæritur anne possessio nobis adquiratur (2). » La même formule

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 636.
(2) Gaïus, *Comm.* II, § 95.

est reproduite dans les Institutes de Justinien (§ 5, *per quas. pers.* l. II, t. IX). Le principe de non-représentation s'applique donc aux actes constitutifs de droits réels comme aux actes producteurs d'obligations, aux actes dénués de formes comme aux actes solennels.

12. Si l'on cherche la raison d'être de ce principe rigoureux, on la trouve dans le caractère formaliste qui marque la naissance du droit romain, comme celle de toutes les législations. « Les peuples, dans leurs lois, finissent par l'équité, ils ne commencent jamais par elle. Le premier besoin qu'ils éprouvent, lorsque tous les rapports sociaux sont encore désordonnés et confondus, c'est celui de règles fixes et précises (1). » Or, pour donner aux actes de la vie civile ce caractère de précision, les législations naissantes n'ont pas à leur disposition la théorie savante qui est le but suprême de la science et le fruit de longs siècles de labeurs. Le procédé qu'elles emploient presque invariablement, c'est de créer un certain nombre de rites et de formules dont tous les actes juridiques doivent porter l'empreinte, et, de même qu'elles refusent leur sanction à tout acte juridique qui n'a pas revêtu les formes consacrées, elles refusent aussi l'action naissant de l'acte à toute personne qui n'en a pas rempli personnellement les formalités solennelles.

(1) Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 23.

Les formes de la procédure romaine confirmaient encore cette nécessité d'une participation personnelle aux actes juridiques dont on voulait se prévaloir. Pour éviter tout arbitraire dans l'administration de la justice, le droit romain avait établi deux séries de formules, l'une pour les contrats et les actes constitutifs de droits réels, l'autre pour les procès. Or, comme la formule judiciaire n'était que l'écho, la répétition de la formule de l'acte, celui-là seul qui l'avait prononcée devait avoir qualité pour la reproduire en justice. Prenons, par exemple, la stipulation. Le stipulant prononçait la formule : « Centum mihi dare spondesne? » et le promettant répondait « spondeo ». Par suite, le stipulant pouvait seul dire, en ouvrant l'instance : « aïo te centum mihi dare oportere, » et cette injonction ne pouvait s'adresser qu'au promettant (1). De même, celui qui voulait acquérir un droit de propriété par mancipation devait prononcer les paroles suivantes : « Hunc ego hominem meum esse aïo, isque mihi emptus est..., » et lui seul pouvait répéter devant le préteur : « Hunc hominem ex jure Quiritirum meum esse aïo secundum suam causam. »

13. Ces motifs, il est vrai, ne justifient la règle « nihil per extraneam personam adquiri posse » qu'autant qu'elle s'applique à des actes solennels,

(1) Gaïus, *Comm.* 4, § 53, *in fin.* « Sicut ipsa stipulatis concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet. »

tels que la mancipation et la stipulation, et il faut reconnaître qu'ils perdent toute valeur à l'égard des actes dénués de forme, tels que le contrat de vente ou la tradition. Pourquoi le droit de créance ou d'obligation résultant d'un contrat de vente, contrat consensuel, ne pourrait-il pas s'acquérir par l'entremise d'un tiers? Il ne peut être ici question de rites et de formules, puisqu'une simple déclaration de volonté suffit à former le contrat. Pourquoi la tradition, acte matériel, affranchi de toute formalité, ne pourrait-elle pas s'accomplir par l'entremise d'un tiers?

14. Cependant il n'est point douteux que le principe de non-représentation, au moins dans les premiers temps du droit romain, ne fût applicable aux actes dénués de formes aussi bien qu'aux actes solennels. Nous verrons avec quel soin les textes précisent l'innovation qui permit d'acquérir la possession par l'entremise d'une *extranea persona*, ce qui suppose bien que la tradition était antérieurement soumise au principe. Quant aux actes producteurs d'obligations, voici un texte du jurisconsulte Paul qui leur applique le principe de non-représentation, sans faire aucune distinction : « Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo, neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, *ut alter suo nomine recte agat*, possumus (1). » Le ju-

(1) L. 11, *de obl. et act.*, 44,7.

risconsulte se demande si un tiers peut devenir créancier par l'effet d'un contrat auquel il n'a pas pris part, et il déclare qu'un tel résultat est impossible, sans faire aucune distinction entre les contrats dénués de formes et les contrats solennels; il met sur la même ligne la vente et la stipulation.

M. de Savigny donne de ce texte une autre explication. D'après le savant professeur allemand, le jurisconsulte Paul ne résoudrait pas, dans la loi 11 *de obligationibus et actionibus*, une question de représentation, mais se bornerait à constater que les contrats ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties; on ne pourrait donc pas argumenter de ce texte pour démontrer que le principe de non-représentation s'appliquait aussi bien aux contrats dépourvus de formes qu'aux contrats solennels. « Décisive, dit-il, pour l'explication de ce texte est la conception des mots : *ex nostro contractu*. Ils ne peuvent signifier que ceci : « Lorsque moi en ma propre personne et pas comme représentant d'un autre, je conclus un contrat; car lorsque j'agis au nom et sur mandat d'un autre, ce n'est pas *noster contractus*, puisque je ne suis en ce cas que le *minister* ou le *nuncius* de l'autre (1). » Nous retrouverons plus loin la théorie générale à laquelle M. de Savigny rattache cette interprétation, mais nous devons dès à présent réfuter l'explication qu'il donne du texte de Paul.

Elle nous paraît attribuer beaucoup trop d'im-

(1) De Savigny, *Droit des obligations*, t. II, § 59.

portance aux mots *ex nostro contractu*. Lorsque je contracte en qualité de représentant, dans le but de faire naître directement un droit de créance dans la personne d'un tiers, je n'en fais pas moins un contrat dans lequel je joue un rôle actif; dès lors, on comprend très bien que je puisse dire mon contrat, le contrat que j'ai fait, *noster contractus*, sans qu'on doive nécessairement en conclure que j'ai fait le contrat en mon propre nom. Mais la seconde partie du texte ne peut laisser aucun doute sur sa véritable portée : « et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, *ut alter suo nomine recte agat* possumus. » Le jurisconsulte déclare, dans une formule générale, que nous ne pouvons faire aucun contrat qui permette à un tiers d'agir en justice directement, *suo nomine*. C'est bien dire qu'un droit de créance ne peut jamais être acquis par l'entremise d'un tiers, ou, en d'autres termes, que la représentation est interdite dans tous les contrats (1).

15. Mais pourquoi les jurisconsultes romains appliquent-ils aux contrats dépourvus de formes un principe qui ne se justifie que par le caractère formaliste des actes solennels? Cette anomalie s'explique, si l'on se fait une juste idée de la façon dont s'est

(1) Muhlenbruch, *Cession des droits d'actions*, § 10. — Puchta, *Leçons*, § 273. — Buchka, *La théorie de la représentation*, p. 3. Ces auteurs sont cités par M. de Savigny (§ 59, note f.) dans le sens que nous adoptons. — Dans le même sens, Accarias, t. II, n° 518. Gide, *Études sur la nov.*, p. 274, note 1. — Demangeat, *Cours élém.*, t. II, *de inut. stip.*, p. 241.

élaboré leur droit des obligations. Pendant longtemps, ce fut la stipulation, contrat solennel, qui suffit à réaliser toutes les transactions. Plus tard, quand la jurisprudence, brisant les cadres trop étroits de l'ancien formalisme, eut introduit toute une série de contrats naturels, la stipulation ne perdit pas pour cela son importance. Elle ne fut plus le contrat unique, mais elle resta longtemps le contrat type, qui servait à réaliser les conventions les plus variées (1). Dès lors on s'explique très bien que certaines règles du contrat de stipulation soient devenues des règles générales en matière d'obligations, et qu'on ait étendu leur empire aux nouveaux contrats, bien que la nature de ces contrats fût différente. C'est ce qui arriva pour la règle *nihil per extraneam personam adquiri posse*. Justifiée à sa naissance par le caractère formaliste des actes juridiques, elle entra dans ce patrimoine de vieux adages que les Romains considéraient comme sacrés et que leur esprit éminemment conservateur leur interdisait de sacrifier (2). Quand des nécessités nouvelles en révélèrent les inconvénients, ils s'ingé-

(1) Accarias, *Contrats innommés*, p. 10. — Gide, *Études*, etc., p. 20. M. Gide fait admirablement ressortir le rôle de la stipulation à Rome. Nous ne pouvons que renvoyer à son bel ouvrage pour les développements d'une question qui ne rentre pas dans le cadre limité de notre travail.

(2) Le jurisconsulte allemand Ihering met en lumière cette sorte d'aversion morale des Romains pour toute violation d'un principe une fois reconnu. Il y voit une des causes de leur merveilleuse aptitude à la science du droit, « car, dit-il, ce sentimen stimule et presse, en quelque sorte, leur intelligence à déployer

nièrent, comme nous le verrons, à créer des remèdes sans supprimer la règle. Des réformes plus radicales et commandées par la force des choses finirent par l'entamer, mais on chercha, par d'habiles raisonnements, à les concilier avec la lettre du principe. Enfin, sous l'empire de Justinien, elle n'avait plus guère d'applications pratiques, et cependant Justinien la reproduit encore sous sa forme absolue, quitte à la contredire aussitôt (1).

16. Étant donné le principe de non-représentation, il est facile de répondre à la question posée en tête de ce chapitre : quels sont les effets produits par la promesse ou la stipulation pour autrui dans la personne de celui dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé? Évidemment, ces contrats sont à l'égard du tiers complètement inefficaces, *inanes*, suivant l'expression du jurisconsulte Paul. La représentation étant interdite, le tiers est resté nécessairement étranger au contrat fait en son nom ; il ne peut pas plus souffrir de la promesse que profiter de la stipulation ; l'une et l'autre sont à son égard *res inter alios acta*. Mais ce qu'il importe de constater, c'est que cette inefficacité nous apparaît comme une conséquence de la règle : « nihil per extraneam personam adquiri posse (2). »

toute sa sagacité, afin de découvrir les voies et les moyens pour opérer cette conciliation de la logique et de la nécessité pratique .» — Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. I, p. 328 et suiv.

(1) § 5, Inst. *J. per quas pers.*, l. II, t. IX.

(2) Vernet, *Textes choisis*, p. 191.

§ 2.

17. Le principe de non-représentation ne s'appliquait qu'aux actes accomplis par une *extranea persona*, c'est dire que les actes des esclaves et des fils de famille en étaient affranchis.

Le père de famille pouvait librement acquérir par l'entremise de ses enfants ou de ses esclaves, et plus généralement de toutes les personnes soumises à sa puissance. Il ne faudrait cependant pas croire qu'il existât entre ces personnes un véritable rapport de représentation, tel que nous le concevons dans notre droit entre le mandant et le mandataire. Quel est en effet, dans notre droit, l'élément essentiel de toute représentation ? C'est le consentement de celui qui joue le rôle de représenté. Tantôt ce consentement précède l'acte sous forme de mandat, tantôt il se produit postérieurement sous forme de ratification, quelquefois même il est suppléé par la loi, mais toujours il est essentiel, car on ne conçoit pas qu'un individu puisse devenir débiteur ou créancier malgré lui. A Rome, au contraire, le consentement du père de famille n'était pas nécessaire pour que les actes de ses fils ou de ses esclaves fussent réputés accomplis par lui-meme ; c'était à son insu, et même malgré lui, *etiam ignorans et invitus*, qu'il devenait créancier par leur entremise (1).

L. 62, D. *de verb. obl.* 45, 1. « Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem. »

18. Cette sorte de représentation forcée avait son fondement dans la constitution toute particulière de la famille romaine. A Rome, le père de famille avait seul un patrimoine, dans lequel entraient toutes les acquisitions réalisées à un titre quelconque par les membres de la *familia*. L'esclave, le fils de famille, la femme *in manu*, l'individu *in mancipio*, ne pouvant rien avoir en propre (1), fonctionnaient entre les mains du père comme de véritables instruments d'acquisition.

Par suite, lorsqu'une personne *alieni juris* faisait un acte quelconque tendant à un enrichissement, les choses se passaient absolument comme si le père avait agi lui-même (2). Était-ce un acte translatif de propriété, mancipation ou tradition (3)? le père devenait de plein droit propriétaire, même à son insu, parce que l'objet acquis entrait directement dans son patrimoine. Était-ce un acte producteur de créance, une stipulation ou tout autre contrat? le père devenait créancier, tout comme s'il avait prononcé les paroles de la stipulation ou figuré lui-même au contrat. Pour que le père devînt propriétaire ou créancier, il n'était même pas nécessaire

(1) Gaïus, *Comm.* II, § 87 : ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. »

(2) L. 45, *pr. de verb. obl.*, 45, 1.

(3) Nous n'ajoutons pas l'*in jure cessio*, car ni le fils ni l'esclave ne pouvait prononcer ces paroles : « hanc rem meam esse aïo ex jure Quiritium. » (Gaïus, *Comm.* II, § 96.) Indépendamment de ce motif, il y en avait un autre pour l'esclave qui ne pouvait jamais comparaître devant un tribunal. (de Savigny, *Système de droit romain*, t. III, p. 96.)

que l'acte fût accompli en son nom. Les mêmes effets se produisaient lorsque le fils ou l'esclave agissait expressément en son propre nom (*sibi*), ou sans indication de personne (*imperosnaliter*), ou pour une personne soumise à la même puissance (*filio vel servo domini*). « Tout cela revient à dire qu'en tant qu'il s'agit d'acquérir un droit de créance (ou un droit de propriété), il y a unité de personne entre tous ceux que rattache ensemble le lien d'une puissance actuellement existante, et c'est ce que les Institutes expriment avec énergie par ces formules devenues classiques : *vox filii vox patris*, *vox patris vox filii*. On pourrait dire avec la même vérité : *vox servi vox domini*, *vox domini vox servi* (1). »

19. La conséquence de ces principes, c'est que la stipulation pour autrui produit toujours son effet dans la personne du tiers, si le stipulant est soumis à sa puissance. Dans ce cas, on ne peut même pas dire que celui pour lequel on a stipulé soit un tiers; les choses se passent rigoureusement comme s'il avait fait lui-même la stipulation.

Mais il n'en est pas ainsi pour la promesse. Le patrimoine du père s'augmente de toutes les acquisitions faites par les enfants ou les esclaves, mais la loi ne permet pas qu'il s'amoindrisse par l'effet de leurs aliénations ou de leurs promesses : « Me-

(1) Accarias, *Précis*, t. II, n° 520. — § 47, Inst., *de inut. stip.*, l. III, t. XIX. — L. 40, D. *de verb. obl.* 45, 1. — L. 11. C. *de impub. et al. subst.* VI, 26. « Cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur. »

lior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (1). » Dans ce texte, Gaïus ne parle que de l'esclave, mais le principe s'appliquait aux actes de toutes les personnes *alieni juris*; il était si absolu que le père ne pouvait pas, même par un ordre formel, donner à son fils ou à son esclave le pouvoir de l'obliger. Il fallut que le préteur créât une action spéciale, l'action « quod jussu » (2), pour combler cette lacune, aussi préjudiciable aux intérêts du père que contraire à l'équité.

Les promesses pour autrui restaient donc absolument soumises au principe de non-représentation : elles ne pouvaient produire aucun effet dans la personne de celui dont on avait promis le fait.

20. Bien que les acquisitions du fils de famille et de l'esclave eussent indistinctement pour effet d'enrichir le maître, le fils et l'esclave étaient cependant bien loin d'avoir la même condition juridique. Le fils de famille était investi d'une capacité tout aussi complète que celle du *paterfamilias*, et ses contrats avaient par eux-mêmes autant de valeur que les contrats conclus par une personne *sui juris* (3). L'esclave, au contraire, n'avait par lui-même aucune capacité; si les actes juridiques qu'il accomplissait produisaient quelque effet, c'était unique-

(1) L. 133, D., *de reg. jur.*, 50, 17. — L. 27, § 1., D., *ad sc.* Vell., 16, 1.

(2) L. 1, D., *quod jussu*, 15, 4.

(3) L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

ment en tant qu'il empruntait la personnalité du maître. De cette différence entre les conditions découlent des conséquences qu'il importe de signaler.

A l'époque classique, toutes les acquisitions réalisées par le fils de famille entraient dans le patrimoine de son père, parce que lui-même ne pouvait rien posséder en propre (1), mais l'introduction des pécules modifia complètement cet état de choses. Propriétaire de son pécule castrense, le fils de famille put faire tous les actes relatifs à son administration, sans qne le bénéfice de ces actes fût acquis au père (2). Il en fut de même pour le pécule quasi-castrense et pour le pécule adventice (3), de sorte qu'à l'époque de Justinien, quand le pécule adventice eut reçu ses développements successifs, la règle se trouva renversée quant au fils de famille : ce ne fut plus qu'exceptionnellement, dans l'administration de son pécule profectice ou des biens paternels, *ex re patris*, qu'il fonctionna comme instrument d'acquisition dans les mains du père (4).

D'autre part, les promesses du fils, quoique n'obligeant pas le père de famille, avaient toujours été valables (5). Il était difficile, à la vérité, de les

(1) Gaïus, *Comm.* II, § 87.

(2) L. 1, C., *de castr. pec. mil.*, XII., 37.— L. 4, C., *fam. ercisc.*, III, 36. — L. 2, D. *de castr. pec.*, 49, 17.

(3) L. 1, C., *de bon. matern.*, VI, 60.

(4) § 1, Inst. *J. per quas pers. nob. adq.*, l. II, t. IX.

(5) Gaïus, *Comm.* III, § 104. — § 6, Inst., *J. de inut. stip.*, l. III, t. XIX.

ramener à exécution contre un débiteur qui n'avait pas de patrimoine; mais l'exécution devenait possible, lorsque le fils de famille, libéré de la puissance paternelle, possédait des biens personnels. Après l'introduction des pécules, l'exécution des promesses put être poursuivie, du vivant même du père, sur les biens dont le fils avait la propriété.

Ces développements successifs de la capacité du fils de famille ne sauraient évidemment s'appliquer à la condition juridique de l'esclave. A quelque époque du droit romain qu'on se place, l'esclave apparaît toujours comme une chose, sans personnalité, et, par suite, sans capacité. Ses promesses n'obligent pas le maître et ne produisent même pas à son égard d'obligations civiles (1); le seul effet qu'elles puissent avoir, c'est de faire naître une obligation naturelle, qui reste forcément inefficace tant que dure l'esclavage (2).

Quant à ses stipulations, elles n'ont pas en elles-mêmes plus d'efficacité que ses promesses; mais, en vertu du principe de l'*unitas personæ*, elles profitent au maître dont l'esclave emprunte la personnalité (3). Lorsque l'esclave appartient à la fois à plusieurs maîtres, le principe est que chacun des

(1) L. 22, pr. D., *de reg. jur.*, 50, 17.

(2) § 6, Inst., *J. de inut. stip.*, l. III, t. XIX. — § 1, *eod. de fidejus.*, l. III, t. XX.

(3) Par application de ce principe, les textes annulent formellement la stipulation faite par un esclave abandonné (L. 36, D., *de stipul. serv.*, 45, 3), ou par l'esclave appartenant à une hérédité qui viendrait à être répudiée de tous ceux à qui elle est offerte. (L. 73, § 1, D., *de verb. obl.*, 45, 1.)

maîtres profite de l'opération proportionnellement à son droit de propriété sur l'esclave (1), mais l'esclave peut toujours restreindre le bénéfice de la stipulation à un seul de ses maîtres, et pour cela, il lui suffit de stipuler expressément (*nominatim*) pour celui qu'il veut rendre exclusivement créancier (2). S'il agissait sur l'ordre d'un seul des copropriétaires, à qui appartiendrait le bénéfice de l'opération? Gaïus rapporte que, d'après l'opinion des Sabiniens, le droit de propriété ou de créance naissant de l'acte devrait appartenir au maître qui a donné l'ordre; d'après les Proculiens au contraire, le droit devrait être acquis à tous, exactement comme si l'esclave avait agi sans ordre (3). Enfin, si le *servus communis* stipule nominativement pour chacun des maîtres, le bénéfice de la stipulation ne se répartit plus entre eux proportionnellement à leur droit de propriété, mais chacun a droit à une part virile (4).

Article II. — Réformes prétoriennes.

21. Malgré le principe de non-représentation, les Romains n'ignoraient pas l'emploi du mandataire et du gérant d'affaires, mais le rôle de ces agents était très différent de celui qu'ils jouent dans notre

(1) Gaïus, *Comm.* III, § 167.
(2) § 3, Inst., J. *de stipul. serv.*, l. III, t. XVII.
(3) Gaïus, *ibid.*
(4) L. 37., D., *de stipul. serv.*, 45, 3.

droit. Aujourd'hui, le mandataire agit presque toujours au nom de son mandant. Lorsqu'il contracte, sa personnalité s'efface, et tous les effets du contrat se réalisent directement dans la personne du mandant, qui devient seul débiteur ou créancier. A Rome, au contraire, le *procurator* ne pouvait contracter au nom de son mandant, sous peine de faire un acte nul (1). C'était en son propre nom et pour son propre compte qu'il devait agir, sauf à transférer ensuite au mandant le bénéfice ou les charges de ses opérations. Quant au *negotiorum gestor*, son rôle était exactement calqué sur celui du mandataire. On appliquait aux actes qu'il accomplissait sans ordre la règle bien connue « ratihabitio mandato æquiparatur », mais la ratification du maître ne pouvait avoir des effets plus étendus que n'en aurait eu le mandat lui même (2).

Cette conception du mandat et de la gestion d'affaires ne laissait pas que de présenter en pratique de graves inconvénients. Agissant en son propre nom, le *procurator* devenait seul débiteur ou créancier par l'effet des actes de son administration. C'était à lui qu'appartenaient les actions, et c'était contre lui seul que les tiers pouvaient agir; restant étranger à l'affaire, le mandant ne pouvait ni en souffrir, ni s'en prévaloir. Le mandant et les tiers avaient bien la ressource de se faire céder par

(1) L. 11, D., *de obl. et act.* 44, 7.

(2) Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 11.

le mandataire les actions qui lui appartenaient, afin de les exercer en son nom, comme *procuratores in rem suam* ; mais ce procédé n'était pas toujours possible, et il était loin d'offrir au cessionnaire une sécurité complète. Le mandataire pouvait toujours l'entraver en prenant lui-même les devants, car l'action, une fois intentée, *in judicium deducta*, ne pouvait plus être cédée; et s'il venait à mourir sans héritier avant d'avoir constitué le cessionnaire *procurator in rem suam*, la cession devenait encore impossible (1). Enfin, *la procuratio in rem suam* pouvait être révoquée jusqu'au moment de la *litis contestatio*, et elle s'évanouissait de plein droit, comme tout mandat, si le cédant venait à mourir avant cette phase de la procédure (2).

22. Ces complications et ces dangers ne furent pas très gênants, tant que les Romains s'adonnèrent presque exclusivement aux armes et à l'agriculture. Les transactions de la vie ordinaire pouvaient s'opérer assez facilement par les intéressés eux-mêmes, et la constitution de la famille permettait au père d'employer comme instruments d'acquisition les personnes soumises à sa puissance. Pendant de longs siècles, le commerce fut considéré comme une profession d'esclaves, indigne des citoyens (3). Faute d'une marine suffisante pour assurer la sécu-

(1) L. 1, C., *de obl. et act.*, IV, 10.
(2) De Savigny, *Droit des obligations*, t. I, p. 195, 196.
(3) Giraud, *Recherches sur le droit de propriété*, p. 46.

rité de la navigation (1), le commerce maritime était presque nul, et il faut arriver jusqu'à la fin de la République pour voir le peuple romain nouer des relations commerciales de quelque importance avec les nations étrangères (2). Mais, dès les premières années de l'empire, ces relations prirent une rapide extension. La ruine de l'agriculture en Italie, la nécessité de nourrir l'immense population de Rome, et surtout l'accroissement du luxe, donnèrent au commerce une impulsion qui triompha des vieux préjugés. Dès lors, les inconvénients pratiques du principe de non-représentation apparurent avec toute leur gravité.

En général, le mandataire commercial offre par lui-même peu de garanties, et n'a guère de valeur que par le préposant (nous dirions aujourd'hui la maison) pour le compte duquel il opère. S'il doit agir en son propre nom, s'il n'engage que lui-même par l'effet de ses contrats, il est à craindre que les tiers ne consentent pas facilement à courir les risques de son insolvabilité. Ajoutons que l'emploi de l'esclave ou du fils de famille ne serait ici d'aucun secours. L'esclave ne pouvant pas contracter d'obligation civile et le fils de famille n'ayant pas de

(1) Denys d'Halicarnasse, II, 28. — Cicéron, *Pro lege Manilia*, §§ 11, 17, 18.

(2) Pardessus, *Collection des lois maritimes*. Introduction, p. 48. Il date de la bataille d'Actium la prodigieuse extension du commerce des Romains, qui, dès le règne d'Auguste, s'étendait au nord jusqu'à la Grande-Bretagne, et en Orient jusqu'au Gange.

patrimoine, celui qui traiterait avec eux serait sans action ou n'aurait qu'une action à peu près illusoire (1).

Il fallait donc trouver un moyen qui permît aux tiers, ayant contracté avec un mandataire, d'atteindre directement le mandant; le crédit commercial ne pouvait exister sans cette réforme. Les préteurs y pourvurent, en créant tout un système d'actions que les interprètes désignent quelquefois sous le nom d'actions *adjectitiæ qualitatis* : ce sont les actions *exercitoria*, *institoria*, *quod jussu*, *de peculio*, *de in rem verso*. Il ne saurait entrer dans notre plan d'étudier en détail ces diverses actions, mais il importe de mettre en lumière l'influence qu'elles exercèrent sur le principe de non-représentation. Pour y parvenir, nous allons déterminer leurs caractères généraux, et nous signalerons l'extension que leur donnèrent les jurisconsultes.

§ 1.

23. Un caractère commun à toutes les actions que nous venons d'énumérer, c'est qu'elles laissent subsister en théorie le principe de non-représentation, tout en supprimant le plus grave de ses inconvénients pratiques. Le préteur ne modifie pas le rôle du mandataire, ni les effets que le droit civil attribue à ses contrats. C'est toujours en son propre nom que le mandataire contracte, l'obligation prend

(1) Accarias, *Précis*, t. I, n° 636.

naissance dans sa personne, et l'action du droit civil qui la sanctionne peut toujours être intentée contre lui. Mais voici l'innovation. Lorsque le tiers qui a traité avec le mandataire en fait la demande, le préteur, saisi de sa réclamation, lui permet de diriger l'action du droit civil, non seulement contre le mandataire, qui est son débiteur, mais même contre le mandant, qui, d'après le droit civil, n'est point obligé. Dans ce dernier cas, l'action est délivrée par le préteur sous la qualification d'*exercitoria*, ou *institoria*, ou *quod jussu*, etc..., suivant la qualité du mandataire. Voilà pourquoi certains interprètes désignent ces actions sous le nom d'actions *adjectitiæ qualitatis*; c'est comme une qualité nouvelle (*adjectio*) que le préteur confère à l'action du droit civil. Ce caractère devait sans doute se traduire dans la formule (1). La *condemnatio* contenait, soit le nom du mandataire, soit le nom du mandant, suivant que l'action était intentée contre l'un ou contre l'autre; mais, dans les deux cas, l'*intentio* devait être conçue au nom du mandataire, parce que c'était en lui que résidait le principe de l'obligation (2).

(1) Keller, *Procédure civile chez les Romains*, trad. Capmas, p. 133. — Voici, suivant la conjecture de Keller, quelle devait être la formule d'une action *exercitoria* : « Si paret Titium magistrum Aulo hs. X. M. dare oportere judex Numerium exercitorem Aulo hs. X. M. condemna, si non paret absolve. »

(2) De Savigny, *Droit des obligations*, t. II, p. 103. — Demangeat, *Des obligations solidaires*, p. 216. — Bonjean, *Traité des actions*, p. 287, n° 1.

Le créancier du mandataire avait donc le choix entre deux débiteurs, le mandataire et le mandant, mais il ne pouvait pas les poursuivre l'un après l'autre (1). Tout paiement partiel, qu'il émanât du mandataire ou du mandant, diminuait le chiffre de la dette, et, dès que le droit avait été déduit *in judicium*, l'obligation était éteinte ; « Hæc actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest (2). » C'est là, du reste, une conséquence nécessaire de ce que la partie essentielle de la formule, l'*intentio*, devait toujours être rédigée en termes identiques, quelle que fût la personne contre laquelle l'action était dirigée ; si, après avoir poursuivi le mandataire par l'action directe, le créancier pouvait encore poursuivre le mandant par l'action prétorienne, ce serait véritablement la

(1) L. 1, § 17. D. *de exerc act.* 14, 1. — L. 1. D. *de inst. act.* 14, 3.

(2) On pourrait cependant opposer un texte qui semble contredire cette proposition. C'est la loi 24 D. *de sol.* 46, 3. « Egisti de peculio servi nomine cum domino : non esse liberatos fidejussores ejus respondit ; at si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset ; liberatos esse fidejussores recte legisti. » — Dans ce texte, Proculus déclare que les fidéjusseurs ne sont pas libérés par l'exercice de l'action *de peculio*. Mais il faut remarquer qu'il est ici question d'un esclave, c'est-à-dire de quelqu'un qui ne peut contracter personnellement une obligation civile : or l'esclave, dans le cas prévu par le texte, contracte une obligation naturelle absolument distincte de l'obligation civile qui permet au créancier d'exercer contre le maître l'action *de peculio*. Cette obligation naturelle n'est pas éteinte par la *litis contestatio* survenue sur l'action *de peculio* : « quia naturalis obligatio quam etiam servus suscipere videtur in litem translata non est » (L. 50, § 2. D. *de pec.* 15, 1). Pour

même question qui serait une seconde fois déduite *in judicium* (1).

D'après ces observations, on voit que l'innovation prétorienne, tout en respectant en théorie le principe de non-représentation, lui portait en réalité une atteinte assez grave. Désormais, les promesses du mandataire n'étaient plus complètement inefficaces à l'égard du mandant. Sans doute, le mandataire devait contracter en son propre nom, et c'était dans sa personne que l'obligation devait d'abord prendre naissance, mais, comme l'action prétorienne n'était en réalité que l'action directe intentée sous un autre nom, le mandant se trouvait à peu près dans la même situation que si l'obligation était née directement dans sa personne. La règle « nihil per extrancam personam adquiri posse» était donc effectivement entamée, bien que respectée en apparence. Le préteur, se conformant à sa méthode ordinaire, avait tourné la règle du droit civil, pour la concilier avec les nécessités pratiques.

24. Après avoir exposé ces réformes prétoriennes, les rédacteurs des Institutes ajoutent une observa-

expliquer la solution de la loi 84, *de solutionibus*, il suffit donc de supposer que les fidéjusseurs ont cautionné l'obligation naturelle de l'esclave : ils ne sont pas libérés parce que l'obligation qu'ils garantissent n'est pas éteinte. Ils le seraient, au contraire, si l'esclave payait lui-même la dette sur son pécule, parce qu'alors l'obligation naturelle serait éteinte. (Machelard, *Obligations naturelles*, p. 165-181.)

(1) Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 216.

tion qui semble indiquer une atteinte bien plus grave encore au principe de non-représentation : « Illud in summa admonendi sumus, id, quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet quia hujus quoque jussu contractum intelligitur (1). D'après ce texte, le mandant, tenu des actions *adjectitiæ qualitatis*, peut encore être actionné directement au moyen d'une action du droit civil, la *condictio*. Cette doctrine est confirmée par plusieurs textes du Digeste (2), et paraît avoir été admise dès le troisième siècle. N'est-ce pas une dérogation directe au principe de non-représentation? Si l'on admet que les contrats du mandataire produisent une action du droit civil contre le mandant, il faut bien admettre, semble-t-il, que les promesses du mandataire réalisent directement leur effet obligatoire dans la personne du mandant ce qui est manifestement contraire à la règle : « nulla obligatio per extraneam personam adquirenda. » Quelle est l'explication qu'il convient de donner au texte des Institutes?

D'après une première opinion, les actions *adjecti-*

(1) § 8. Inst. J. *quod cum eo*, l. IV, t. VII.

(2) L. 29 D. *de reb. cred.* 12, 1. — L. 17, § 5, *de inst. act.* 14, 3. Ces deux lois sont de Paul, qui, dans l'une, invoque l'autorité de Julien, et dans l'autre, fait remonter sa décision jusqu'à Proculus

tiæ qualitatis auraient à la longue cédé la place aux actions du droit civil. Partant de cette idée que l'action prétorienne n'est autre chose que l'action directe intentée sous une autre qualification, on en conclut que le préteur avait fini par l'accorder sans la qualifier : dans ce système, la *condictio* dont parlent les Institutes ne serait pas autre chose que l'ancienne action *adjectitiæ qualitatis* débarrassée d'un qualificatif inutile. C'était l'opinion de Vinnius (1), et c'est celle de Shrader (2). Mais cette opinion se heurte à deux objections qui suffisent, je crois, pour la faire écarter. Tout d'abord, si cette prétendue transformation était exacte, si les actions du droit civil avaient remplacé les actions prétoriennes, ces dernières auraient évidemment perdu toute importance : comment comprendre, dès lors, les textes qui présentent les actions *adjectiæ qualitatis* comme ayant des applications pratiques jusque dans le dernier état du droit ! De plus, le texte même des Institutes semble bien présenter la *condictio* comme étant en concours avec une action prétorienne : « directo *quoque* posse a patre dominove condici. » Il vient d'énumérer les diverses actions que le pré-

(1) Vinnius. Inst. J. *ad* § 2, *quod cum eo*, l. IV, t. VII. « Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui, postquam a prætore obliqua agendi ratio constituta est, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit. »

(2) Shrader. Inst. note, *ad* § 8. *quod cum eo*, l. IV, t. VII. « Forsan civiles actiones, olim paucis casibus datæ, postea demum ita creverunt, ut eumdem fere ambitum quem honorariæ statim ab initio occupabant, tenerent. »

teur a créées pour permettre au tiers d'agir contre le mandant, puis il ajoute que, dans ces divers cas, les tiers peuvent aussi exercer la *condictio*. Cette dernière action n'a donc pas remplacé les actions *adjectitiæ qualitatis*.

25. M. de Savigny propose une autre explication (1) : la *condictio* dont il est question dans les textes que nous venons de citer est la *condictio ex mutuo*, et l'observation de Justinien ne vise qu'une hypothèse toute particulière, celle d'un prêt d'argent reçu par le mandataire au nom de son mandant.

Voici comment raisonne l'illustre professeur. Il commence par écarter l'opinion de Vinnius et de Shrader, comme contraire à la tradition historique. Mais il fait remarquer que, dans le cas spécial d'un prêt d'argent reçu par le mandataire au nom du mandant, la *condictio ex mutuo* devait être accordée de plein droit contre ce dernier, à raison des règles particulières qui régissaient le contrat de *mutuum*. Nous verrons, en effet, que les principes admis de bonne heure en matière de tradition avaient eu pour conséquence de soustraire le contrat de *mutuum* à l'application de la règle : « Obligatio nulla per extraneam personam adquirenda. » Le mandataire qui avait mission d'emprunter n'était pas tenu d'agir en son propre nom, il pouvait agir au nom du mandant, et les effets du contrat se réalisaient

(1) De Savigny, *Droit des obligations*, t. II, p. 103, 104.

directement dans la personne de ce dernier, qui se trouvait par le fait même exposé à l'exercice de la *condictio ex mutuo*. Le texte des Institutes viserait donc un cas exceptionnel de représentation directe. — M. de Savigny trouve la confirmation de son ingénieuse conjecture dans cette circonstance, que l'énumération des actions *adjectitiæ qualitatis* contenue dans le § 8, *quod cum eo...*, ne comprend pas l'action *de peculio*. Or, dit-il, cette omission est intentionnelle. Quand un prêt d'argent était reçu par un fils de famille, l'action *de peculio* se trouvait paralysée par l'exception du sénatus-consulte Macédonien (1), tandis que les autres actions énumérées par le texte en étaient affranchies (2).

Quelque ingénieuse que soit cette interprétation, elle présente un vice capital qui doit, nous semble-t-il, la faire exclure : elle restreint à une hypothèse toute spéciale l'application d'une règle que les textes présentent comme absolument générale. Celui des Institutes contient une expression très large qui embrasse tous les contrats : « Id quod jussu patris dominive contractum fuerit (3). » La formule employée par le jurisconsulte Paul est peut-être plus générale encore : « Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Julianus aït, etiam condici ei posse : quasi jussu ejus contrahatur, a quo præpositus sit (4). » Il semble donc assez peu

(1) L. 6, C. *ad senat.* Mac. IV, 28.
(2) L. 7, §§ 11, 12. — L. 12, L. 17. D. *de senat.* Mac. 14, 6.
(3) Inst. § 8, *quod cum eo.*
(4) L. 29. *D. de reb. cred.* 12, 1. — On pourrait peut-être citer

naturel d'interpréter ces textes comme visant une hypothèse particulière. Mais nous croyons pouvoir aller plus loin : non seulement la règle contenue dans ces textes n'est pas spéciale à la *condictio ex mutuo*, mais il nous semble même qu'elle ne pourrait pas s'appliquer dans l'hypothèse d'un *mutuum* reçu par le mandataire au nom de son mandant. Il est évident, en effet, que ces textes se rapportent à des cas où la *condictio* se trouve en concours avec une action prétorienne, soit l'action *quod jussu*, soit l'action *de in rem verso*, ou *exercitoria*, etc.; cela ressort clairement des formules employées : *directo quoque* posse a patre dominive condici..., posse dici Julianus aït, *etiam condici ei posse*; le créancier a le choix entre l'action prétorienne et la *condictio*. Or, cette alternative existe-t-elle quand le créancier puise son droit dans un *mutuum* reçu par le mandataire au nom de son mandant? nous ne le pensons pas. Il ne faut pas perdre de vue que, dans ce cas spécial, la représentation directe est permise, comme nous le verrons dans l'article suivant (1); le

dans le même sens la loi 84. D., *pro socio*, 17, 2. — « Quotiens, jussu alicujus vel cum filio ejus, vel cum extraneo societas coïtur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit. » Un contrat de société a été conclu avec le mandataire sur l'ordre du mandant. Labéon décide qu'on pourra intenter une action contre le mandant. Il est bien probable que cette action directe est la *condictio ;* cependant il n'est pas impossible que ce soit l'action *pro socio*. — Demangeat, *Droit romain*, t. II, p. 729.

(1) V. *Infrà*, n° 31.

mandataire joue donc le rôle d'un instrument, sans personnalité ; c'est dans la personne du mandant que le contrat produit directement son effet obligatoire. Dès lors, le créancier n'a pas le choix entre deux débiteurs et deux actions ; il n'a qu'un débiteur, le mandant, et qu'une seule action, la *condictio ex mutuo*. Cette hypothèse ne rentre donc pas dans l'application de la règle qu'il s'agit d'interpréter, et le raisonnement de l'illustre professeur perd son point d'appui.

26. Pour rendre compte des textes, il faut admettre que, dans tous les cas, le créancier qui avait droit à une action *adjectitiæ qualitatis* contre le mandant pouvait, à la place de cette action indirecte, exercer une *condictio*. Mais comment expliquer cette coexistence de l'action prétorienne et de l'action civile ? Nous touchons ici à l'une des questions les plus intéressantes du droit romain, celle de la nature et des développements successifs de la *condictio* ; mais comme l'étude de cette question nous entraînerait trop loin de notre sujet, nous ne pouvons qu'indiquer les solutions qui nous paraissent préférables.

Si on examine de près le texte des Institutes (§ 8, *quod cum eo...*), on s'aperçoit qu'il rapporte à deux causes l'exercice de la *condictio* : tantôt cette cause est un enrichissement, un *in rem versum*, tantôt c'est un *jussus*, un ordre du père ou du maître. Lorsque la *condictio* est fondée sur un *in rem versum*, il n'est

pas très difficile de lui trouver un fondement juridique. Dès l'époque classique, les jurisconsultes avaient admis que la *condictio* pouvait être exercée contre toute personne qui s'était enrichie sans cause ; il était donc tout naturel d'autoriser le créancier du mandataire à exercer cette action contre le mandant, à raison de son enrichissement (1). « Quant aux trois autres hypothèses, remarquons bien ce que disent les Institutes ; elles fondent la *condictio* sur ce que l'obligation, ayant été contractée par l'ordre direct ou indirect du maître, est réputée contractée par celui-ci lui-même. Or de ce motif je conclus que l'on applique ici la théorie générale qui permet au créancier d'exercer à ses risques et périls une *condictio certi* au lieu de l'action régulièrement engendrée par le contrat (2). »

27. Nous connaissons maintenant la nature et le caractère des actions *adjectitiæ qualitatis* ; voyons l'extension que leur donnèrent les jurisconsultes.

Quand le préteur avait créé ces actions, il en avait restreint l'application à la mesure exacte des nécessités du moment. L'action *institoria*, pour prendre la plus large de toutes, n'était accordée qu'aux créanciers d'un *institor*, c'est-à-dire à ceux qui avaient traité avec un préposé, ou mandataire

(1) Demangeat, *Cours élém.*, t. II, p. 644 et 645.
(2) Accarias, *Précis*, t. II, n° 883.

général (1). Quant aux tiers qui avaient traité avec un mandataire spécial, ils ne pouvaient agir contre le mandant qu'en employant le procédé incommode et peu sûr que leur offrait le droit civil; ils devaient se faire céder l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria* qui pouvait appartenir au mandataire, et l'exercer eux-mêmes à titre de *procuratores in rem suam*. En créant les actions *adjectitiæ qualitatis*, le préteur avait eu pour but d'assurer le crédit commercial; or, comme le mandat commercial affectait ordinairement la forme d'une préposition, il avait laissé tous les autres cas sous l'empire du droit commun.

De même, le crédit commercial n'exigeait pas impérieusement la création d'une action au profit du mandant contre les débiteurs du mandataire, parce que le droit civil offrait déjà, dans la plupart des cas, des garanties suffisantes. Si le mandataire était un esclave ou un fils de famille, le mandant devenait directement créancier par l'effet de ses contrats, et pouvait exercer contre les débiteurs les actions du droit civil. Si le mandataire était un *extraneus*, le mandant avait la ressource de se faire céder l'action du contrat, ou d'agir contre le mandataire au moyen de l'action *mandati*, et, comme il

(1) L. 3. D. *de inst. act.* 14, 3. — L'action *institoria* était ainsi nommée parce qu'elle naissait des actes d'un *institor*, préposé à un commerce quelconque. Lorsque le préposé était un *magister navis*, l'action prenait le nom d'*exercitoria*, à raison du nom que l'on donnait à l'armateur : *exercitor*.

l'avait choisi lui-même, il était moins en droit de se plaindre de son insolvabilité. Enfin, lorsque ces garanties n'étaient pas suffisantes, le mandant recevait, dans certains cas, un secours extraordinaire du *præfectus annonæ* ou du *præses provinciæ* (1). Aussi le préteur, qui mesurait toujours ses réformes aux nécessités pressantes, n'avait pas cru devoir intervenir dans les rapports du mandant avec les tiers (2).

Cependant les motifs, sous l'empire desquels les actions prétoriennes avaient été créées, se retrouvaient avec plus ou moins de force dans tous les cas on un mandataire contractait dans l'exécution de son mandat. Quoique moins impérieux, ils n'en existaient pas moins et méritaient d'être pris en considération. Frappés de cette raison d'utilité pratique, les jurisconsultes étendirent l'exercice de l'action *institoria* à tous les cas de mandat ; ils finirent même par accorder au mandant des actions utiles.

(1) Maynz, t. II, § 37.

(2) L. 1. D., *de inst. act.* 14, 3. Dans ce texte, Ulpien dit formellement que le préteur n'accordait pas l'action *institoria* à celui qui avait préposé l'*institor* : « sed non idem facit circa eum qui institorem præposuit, ut experiri possit. » Mais il ajoute que le jurisconsulte Marcellus était d'avis d'accorder l'action : « Marcellus autem ait debere dari actionem ei, qui institorem præposuit, in eos, qui cum eo contraxerint », et lui-même, par son silence, a l'air d'approuver cette décision. Il est vrai que le texte suivant, qui appartient à Gaïus, la restreint au cas où l'*institor* était insolvable, et c'est bien ainsi qu'elle a passé dans le droit de Justinien.(L. 2, *de inst. act.* — L. 5, *de stip. præt.*, 46, 5.)

28. S'il faut en croire Ulpien, c'est le jurisconsulte Papinien qui prit l'initiative de la première de ces réformes. Développant l'idée prétorienne, il accorda l'action *institoria* aux tiers qui avaient traité avec un mandataire quelconque, *ad exemplum institoriæ*. Mais un texte de ce jurisconsulte nous apprend qu'il s'arrêtait certainement là. Il n'allait pas jusqu'à donner au mandant des actions utiles, et ne lui permettait d'actionner les tiers qu'en qualité de *procurator in rem suam* (1). Ulpien, au contraire, n'hésite pas à permettre au mandant d'exercer sans cession préalable une action utile (2). Il est facile d'expliquer cette contradiction entre les opinions des deux jurisconsultes, si l'on recherche les différentes idées dont ils s'inspirent dans ces deux décisions. Papinien ne fait que généraliser l'idée prétorienne, en accordant contre tout mandant l'action qui avait été spécialement créée pour atteindre le mandant d'un *institor*; mais il ne croit pas pouvoir la transporter dans les rapports du

(1) L. 49, § 2, D., *de acq. vel amit. poss.*, 41, 2. « Etsi possessio per procuratorem ignoranti quæritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur : sed per actionem mandati ea cedere cogitur. » On oppose quelquefois à ce texte la loi 72. D., *de proc.* III, 3, qui est également de Papinien et d'après laquelle on pourrait croire que ce jurisconsulte professait déjà la réciprocité : « Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur ; invito procuratore dominus petere potest. » Mais ce texte ne doit s'entendre que de la *procuratio ad litem*. Là, en effet, des règles spéciales furent admises d'assez bonne heure. — Accarias, *Précis*, t. II, n° 637, note 3.

(2) L. 13, § 25. D., *de act. empt.* 19, 1.

mandant avec les débiteurs du mandataire, parce que c'est là un domaine tout différent. Ulpien s'inspire d'un autre motif. S'il accorde au mandant une action utile contre les débiteurs du mandataire, c'est en vertu d'une cession sous-entendue. Considérant que le mandant a le droit de se faire céder par le mandataire l'action née du contrat, il suppose que cette cession obligatoire est fictivement accomplie (1).

Cette décision d'Ulpien n'est que l'application d'une théorie générale qui, après avoir été appliquée dans une foule de cas particuliers, finit par devenir une véritable règle. Nous avons indiqué les inconvénients de la *procuratio in rem suam* et le peu de sécurité qu'elle offrait au cessionnaire (2). Frappés de ces inconvénients, les jurisconsultes permirent à celui qui avait un droit incontestable à une cession d'actions de la tenir pour sous-entendue. Laissons la parole à M. de Savigny qui explique très bien le mécanisme et la raison d'être de cette innovation : « Partout où la cession était devenue juridiquement nécessaire, on pouvait permettre à celui qui y avait droit de former l'action immédiatement, en son propre nom, sans ce détour superflu. — Cela avait lieu sous la forme d'*actio utilis*, par laquelle le cessionnaire attaquait, non pas comme mandataire du cédant, mais *suo nomine*; ce qui exprime que l'*intentio* dans la formule de l'ac-

(1) Accarias, *Précis*, t. II, n° 637, 641.
(2) V. *suprà*, n° 20.

tion ne contenait pas le nom du cédant, mais celui du cessionnaire. Il y avait au fond de cela l'idée que la cession, d'ailleurs exigible, devait être traitée comme si elle avait réellement eu lieu. D'après son essence, on admettait donc, à la suite de toute nécessité légale de cession, une cession fictive, expression qui désigne exactement la chose, bien qu'elle ne se rencontre pas dans nos sources juridiques avec cette acception (1). » L'action utile qu'Ulpien accorde au mandant contre les débiteurs du mandataire est vraisemblablement une application de cette théorie générale. Son opinion fut sans doute adoptée par la pratique, et, insérée au Digeste, elle est certainement admise comme une règle à l'époque de Justinien (2).

ARTICLE III.— TRANSFORMATION DU PRINCIPE DE NON-REPRÉSENTATION.

29. Les innovations que nous avons étudiées jusqu'ici se rapportent toutes au cas où le mandataire agit en son propre nom. Elles suppriment, au moins en grande partie, les inconvénients du principe de non-représentation, mais elles le respectent en théorie, et lui laissent même une conséquence pratique assez grave, puisque le mandataire devient lui-même débiteur ou créancier en vertu des contrats conclus dans l'exécution de son mandat. Les tiers

(1) De Savigny, *Droit des obligations*, t. I, p. 196.

(2) Accarias, *Précis*, t. II, n° 637. — Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 37, note 18.

peuvent encore le poursuivre par préférence au mandant, et lui-même peut user de ses actions contre eux, tant que le mandant ne l'a pas prévenu. La personne du mandataire n'étant pas mise hors de cause, il n'y a pas là une véritable représentation dans le sens moderne du mot.

Nous devons nous demander maintenant si les jurisconsultes romains ne parvinrent pas à cette conception rationnelle de la représentation. En d'autres termes, nous plaçant dans l'hypothèse où le mandataire agit, non plus en son propre nom, mais au nom du mandant, nous devons nous demander si, à une certaine époque du droit romain, on n'arriva pas à reconnaître que le contrat devait produire directement ses effets dans la personne du mandant. Le vieux principe de non-représentation s'y opposait, mais il s'agit de savoir s'il ne disparut pas à la longue pour toute une classe d'actes juridiques dont la nature plus souple s'accordait mal avec sa rigueur. Sa raison d'être, c'était surtout, comme nous l'avons vu (1),le caractère formaliste et solennel qui distinguait tous les actes juridiques à l'origine du droit romain. Quand les contrats naturels apparurent à côté de ces actes, on leur appliqua la règle rigoureuse qui était devenue l'un des principes fondamentaux du droit des obligations : « *obligatio nulla per extraneam personam adquirenda.* » Mais, dans la suite, quand les jurisconsultes romains se

(1) V. *suprà*, n° 12.

furent de plus en plus affranchis des idées formalistes, n'en vinrent-ils pas à établir une ligne de démarcation entre les actes formels et les actes dénués de formes, laissant subsister le principe de non-représentation pour les premiers, et le supprimant pour les seconds? Tel est le problème que nous devons essayer de résoudre. Son importance est manifeste, au point de vue de la théorie des promesses et stipulations pour autrui. Si les Romains finirent par admettre, au moins pour certains contrats, une représentation directe, on ne peut pas dire que les promesses et stipulations pour autrui sont toujours inefficaces à l'égard du tiers dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé. Si, au contraire, le vieux principe de non-représentation continue toujours de régir tous les contrats, il faut admettre l'inefficacité complète des promesses et des stipulations pour autrui à l'égard du tiers.

Nous allons examiner successivement la question à l'égard des actes constitutifs de droits réels, et à l'égard des actes producteurs d'obligations; nous aurons à constater ici les différences déjà signalées entre les régimes de ces deux classes d'actes juridiques (1).

(1) V. *suprà*, n° 5.

§ 1er.

Actes constitutifs de droits réels.

29. Dès le commencement du second siècle, on avait admis d'une façon générale que la possession pouvait être acquise par l'entremise d'un *extraneus* : « per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est (1). » Cette décision se justifiait par un motif d'utilité pratique, mais on pouvait également invoquer en sa faveur un motif juridique, qui vraisemblablement ne fut pas étranger à son adoption par les jurisconsultes (2). Il était de principe en effet que, pour posséder, on n'avait pas besoin de réaliser soi-même les deux éléments de la possession, le *corpus* et l'*animus possidendi*. Pourvu que l'*animus* existât chez le possesseur lui-même, il pouvait emprunter un *corpus alienum*, c'est-à-dire détenir la chose par l'entremise d'un tiers. Il était donc naturel de permettre l'acquisition de la possession par l'entremise d'un mandataire

(1) Paul, *in recept. sent.*, l. V, t. II, § 2.

(2) L. 1, C., *de acqu. et ret. poss.*, VII, 32. «Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem... tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum est. » Certaines versions portent *prudentia* au lieu de *pridem*. M. de Savigny remarque que les mots *ratione juris* s'opposent bien mieux à *ratione utilitatis* que les mots *jurisprudentia*. » Ce texte fait allusion aux deux motifs qui amenèrent la réforme en matière de possession. (De Savigny, *Traité de la poss.*, trad. Staedtler, p. 297, note 2.)

extraneus, car le mandant réalisait lui-même l'*animus possidendi* et ne faisait qu'emprunter le *corpus du procurator*. La seule dérogation aux principes généraux, c'est que, pour l'acquisition de la possession, par l'entremise d'un *extraneus*, on se contentait de l'*animus* manifesté à l'avance par le mandant, sans exiger une concordance exacte entre les époques où se réalisaient les deux éléments de la possession. C'est dans ce sens que les textes parlent d'une possession acquise à notre insu : « placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem (1). » Le mandant devient possesseur au moment où le *procurator* appréhende la chose, et même sans avoir connaissance de cette prise de possession, mais il faut qu'il ait manifesté l'*animus possidendi*. En d'autres termes, il peut acquérir la possession à son insu, mais non pas sans en avoir l'intention (2).

29. Si on analyse cette théorie nouvelle, on la trouve exactement conforme à notre idée moderne de la représentation. Quel est en effet le rôle du représentant dans notre droit? C'est le rôle d'un instrument qui fonctionne entre les mains d'un autre. Le mandataire agit, parle, contracte, mais c'est le mandant qui est censé agir, parler, contracter par son entremise. On a très bien caractérisé cette remarquable fiction, on disant qu'elle est une extension de la personne juridique (3) : le repré-

(1) § 5, Inst., *per quas pers.*, l. II, t. IX.
(2) De Savigny, *Traité de la poss.*, p. 299.
(3) De Savigny, *Droit des obl.*, t. II, p. 92.

sentant n'est qu'une extension de la personnalité qu'il représente.

Or, dans l'acquisition de la possession au nom du mandant, quel est le rôle du *procurator*? Il fonctionne comme un véritable instrument au service du mandant. C'est lui qui appréhende la chose, mais il ne fait qu'exécuter la volonté d'un autre, car c'est le mandant qui réalise l'élément intentionnel, l'*animus possidendi*. On exige cependant que le mandataire ait lui-même l'intention d'acquérir la possession pour le mandant (1), sans quoi la tradition n'aurait pas son effet translatif. Cela se comprend : pour qu'il y ait représentation, il faut que le représentant consente à jouer son rôle; mais s'il accepte ce rôle et s'il s'y conforme, les effets de l'opération se réalisent directement dans la personne du mandant, sans résider même un instant de raison sur la tête du *procurator*.

30. Les conséquences de cette théorie ne furent pas restreintes à l'acquisition de la possession. Nous

(1) De Savigny, *Traité de la poss.*, p. 289. L. I, § 20, D., *de adqu. vel amitt. poss.* 41, 2. « Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam duntaxat suam accommodarent nobis ; non possumus adquirere. » Nous ne pouvons que signaler sur cette question une divergence fameuse et bien souvent discutée entre les jurisconsultes Julien et Ulpien. (L. 37, § 6, D., *de adquir. rer. dom.*, 41, 1. — L. 13, D., *de donat.*, 39, 5). On a tenté bien des conciliations entre les textes de ces deux jurisconsultes, mais il faut arriver à reconnaître qu'ils sont nettement en désaccord sur ce point, comme sur plusieurs autres. (Pellat, *Textes choisis*, p. 115. — Machelard, *Textes de droit romain*, p. 29.)

allons voir qu'elles aboutirent peu à peu à la disparition complète du principe de non-représentation, quant aux actes constitutifs de droits réels.

Voici comment s'opéra cette transformation quant aux actes translatifs de propriété. Supposons qu'un procurator reçoive au nom de son mandant la tradition d'un objet déterminé : quel sera l'effet de la tradition? Si la *res tradita* est *nec mancipi*, et si elle est livrée par son propriétaire, la propriété en sera immédiatement acquise au mandant, en même temps que la possession. Si c'est une *res mancipi* ou si elle est livrée *a non domino*, la possession sera seul acquise au mandant par l'effet de la tradition, mais il pourra acquérir la propriété par usucapion. Il faut remarquer cependant que le mandant ne pourra commencer à usucaper qu'au moment où il aura connaissance de la tradition, parce qu'à ce moment-là seulement il sera possible de dire s'il est de bonne ou de mauvaise foi (1). Quoi qu'il en soit, à l'époque de Justinien, comme il n'y a plus de *res mancipi*, la propriété sera toujours instantanément acquise au mandant par l'effet de la tradition, pourvu que le mandataire la reçoive au nom du mandant (2).

Voilà donc le principe de non-représentation dépourvu de toute application pratique en matière de

(1) L. 1, C., *de acqu. vel retin. poss.*, VII, 32. — § 5, Inst., *J. per quas pers.* — De Savigny, *Traité de la poss.*, p. 299. — Labbé, *De la ratification*, n° 21.

(2) Accarias, *Précis*, t. I, n° 300.

translation de propriété. Le droit classique lui avait laissé une application en matière de constitution d'hypothèque. Lorsqu'un mandataire faisait un prêt hypothécaire au nom du mandant, il acquérait pour celui-ci l'action personnelle et pour lui-même l'action hypothécaire. Justinien décida que l'une et l'autre naîtraient directement en la personne du mandant (1).

31. Les conséquences de cette transformation ne s'arrêtèrent pas là, et s'étendirent même au droit des obligations. L'extinction des obligations par le paiement était étroitement liée à la théorie de la translation de la propriété, car le paiement consistait précisément dans le transfert de l'objet dû. On admit en conséquence que le paiement effectué ou reçu par un mandataire au nom de son mandant réalisait directement ses effets dans la personne de ce dernier (2).

Enfin, c'est à la même idée qu'il faut rattacher les règles spéciales qui régissaient le *mutuum* ou prêt d'argent (3). Là aussi, l'élément essentiel était une translation de propriété. Pour qu'il y eût un véritable *mutuum*, il fallait que la propriété de la somme prêtée fût transférée de la tête du prêteur sur celle de l'emprunteur, et c'était même de cet élément essentiel que les jurisconsultes romains

(1), L. 11, § 6, D., *de pign. act.*, 13, 7. —L. 2, C., *per quas pers.*, IV, 27. — Accarias, *Précis*, t. I, n° 300, note 3.

(2) Labbé, *De la ratification*, n° 13.

(3) De Savigny, *Droit des obl.*, t. II, p. 129.

tiraient l'étymologie du mot *mutuum* (1). « Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod a me tibi datum est, ex meo tuum fiat » (2). Or, cette transmission ou acquisition de propriété pouvant s'opérer par l'entremise d'un *procurator extraneus*, on en concluait que le procurator pouvait également acquérir au mandant le droit de créance ou d'obligation résultant du prêt, ainsi que la *condictio* qui en était la sanction. Le même résultat se produisait lorsque le mandataire, au lieu de transférer des deniers appartenant au mandant, transférait des deniers qui lui étaient propres : en vertu d'une fiction, la propriété des deniers était censée transférée du mandataire au mandant par une tradition feinte ou *brevi manu*, puis du mandant à l'emprunteur par l'entremise du mandataire (3).

33. Grâce à ces innovations, le mandataire n'était plus obligé, comme dans les premiers temps du droit romain, d'agir toujours en son propre nom. Pour tous les actes que nous venons d'énumérer, il pouvait les accomplir au nom du mandant et rester lui-même hors de cause. Il ne faudrait cependant pas croire qu'il fût obligé d'employer ce dernier procédé, il avait le choix, et pouvait à son gré, soit agir au nom du mandant, soit agir en son propre

(1) Pellat, *Textes choisis*, p. 85.

(2) Gaïus, *Comm.* III, § 90, Pr. Inst. *J. quib. mod. re contrah. obl.*, l. III, t. XIV.

(3) De Savigny, *Droit des obl.*, t. II, § 57, note *r*. — *Traité de la poss.*, § 27.

nom. S'il agissait au nom du mandant, les effets de l'acte ne se produisaient pas dans sa personne, mais se réalisaient directement sur la tête du mandant. S'il agissait en son propre nom, on appliquait les anciens principes; c'était lui qui devenait possesseur ou propriétaire, débiteur ou créancier, sauf à transférer ensuite au mandant les résultats de l'opération. Cette alternative nous donne la clef de certaines contradictions qui semblent exister dans les textes, mais qui ne sont qu'apparentes.

Ainsi nous savons que la tradition d'une *res nec mancipi* reçue par le mandataire au nom de son mandant rend directement ce dernier propriétaire, sans que le droit de propriété réside un seul instant sur la tête du mandataire. Voici pourtant un texte qui exige nettement une seconde tradition pour que la chose livrée devienne la propriété du mandant : « Res ex mandatu meo empta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit (1). » Ce texte de Callistrate est-il en contradiction avec la théorie que nous avons exposée sur ce point? Il suffit, pour le concilier avec elle, de supposer que le jurisconsulte s'est placé dans l'hypothèse d'une tradition reçue par le mandataire en son propre nom, et non pas au nom de son mandant. Dès lors, il est parfaitement logique d'exiger une double tradition.

De même, en cas de *mutuum*, si les deniers sont

(1) L. 59, D., *de adqu. rer. dom.*, 41, 1.

reçus ou livrés par le mandataire au nom de son mandant, la *condictio ex mutuo* naît directement pour ou contre le mandant (1). Voici pourtant un texte qui accorde l'action *ad exemplum institoriæ* : « In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, utilis ad exemplum institoriæ dabitur actio : quod æque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit (2). » Faut-il en conclure que la représentation directe n'était pas admise dans le contrat de *mutuum*? nous ne le pensons pas, d'autant plus qu'il suffit de supposer un *mutuum* reçu par le mandataire en son propre nom, pour expliquer l'existence de l'action *ad exemplum institoriæ*. Dans ce cas en effet, on appliquerait les anciens principes d'après lesquels l'action *quasi institoria* pouvait être intentée contre le mandant. Ce qui prouve bien, du reste, que le jurisconsulte se place dans une hypothèse de ce genre, c'est qu'il s'occupe de la solvabilité du *procurator*; il n'y aurait pas lieu de s'en préoccuper si le mandataire avait reçu les deniers au nom du mandant, parce qu'il ne serait pas obligé.

(1) C'est à une hypothèse de ce genre que se réfère la loi 9, § 8, D., *de reb. cred.*, 12, 1. « Si numnos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi condictionem... »

(2) L. 126, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

§ 2.

Actes producteurs d'obligations.

34. Ici, le problème dont nous avons entrepris l'étude soulève des controverses beaucoup plus vives. Quant aux actes constitutifs de droits réels, tout le monde est d'accord pour reconnaître que le principe de non-représentation cessa de leur être applicable, et la discussion ne peut guère porter que sur des points de détail. Il n'en est pas de même pour les actes producteurs d'obligations. C'est la transformation même du principe qui est en discussion. Presque à l'unanimité, les auteurs, tant anciens que modernes, déclarent que les Romains ne sont jamais parvenus, en matière d'obligations, à la conception rationnelle de la représentation ; la règle « obligatio nulla per extraneam personam adquirenda », restreinte par des exceptions particulières et tempérée par des réformes indirectes, demeura théoriquement vraie jusqu'aux derniers temps du droit romain. Seul, ou presque seul, M. de Savigny a brillamment soutenu l'opinion contraire. D'après le savant romaniste, le principe de non-représentation aurait subi, à une certaine époque du droit romain, une transformation complète, tant au point de vue des actes producteurs d'obligations, qu'au point de vue des

actes constitutifs de droits réels ; la règle « nihil per extraneam personam adquiri posse » n'aurait pas complètement disparu du droit romain, mais, maintenue pour les actes formels, tels que la mancipation et la stipulation, elle aurait cessé de régir les actes dénués de forme ; cette transformation, lentement opérée sous l'empire des nécessités pratiques, aurait fini par recevoir une consécration définitive dans les textes. L'opinion est ingénieuse, séduisante même, car elle fait disparaître du droit romain une contradiction fâcheuse entre la pratique et la théorie, entre les effets attribués aux contrats pour autrui et les principes qui régissent la représentation. Cependant, malgré les fortes raisons que M. de Savigny fait valoir à son appui, nous ne croyons pas qu'il soit parvenu à la faire accepter par la doctrine (1).

35. L'illustre professeur trouve la base de son système dans le texte suivant (2) : « Ea quæ civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem (3) : quod naturaliter ad-

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 189, note 14. — Accarias, *Précis*, t. II, n° 637. — Demangeat, *Cours élém.*, t. II, p. 213. — Van Vetter, *Cours de droit romain*, t. II, § 242, note 7.

(2) L. 53, D., *de adqu. rer. dom.*, 41, 1.

(3) La version florentine porte « veluti stipulationem ». Plusieurs manuscrits portent « per stipulationem », d'autres « per stipulationes. » Shulting (*notæ ad* Dig., t. VI, p. 367) propose de lire « stipulatione ». Toutes ces expressions ont au fond le même sens, mais la version florentine paraît préférable à cause du

quiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. » Si l'on s'en tient au sens obvie que présente ce texte, on doit reconnaître que le jurisconsulte (1) qui l'a rédigé a voulu établir une distinction générale, au point de vue de la représentation, entre les droits qui s'acquièrent au moyen d'actes solennels (*eaquæ civiliter*), et les droits qui s'acquièrent au moyen d'actes naturels ou dénués de formes (*ea quæ naturaliter*). Comme exemple des premiers, il cite le droit de créance qui résulte du contrat de stipulation;

parallélisme qu'elle établit entre les deux parties du texte, et qui se trouve rompu dans les autres versions.

(1) On n'est pas d'accord sur le nom du jurisconsulte auquel ce texte doit être attribué. D'après tous les manuscrits, c'est Modestin qui en serait le rédacteur, et il serait tiré d'un commentaire *ad Q. Mucium*. Mais on fait valoir contre cette attribution des objections sérieuses. *Modestinus ad Q. Mucium* ne figure pas dans l'*index Florentinus ;* de plus, on ne rencontre ce titre que dans deux textes du Digeste, la loi 53 *de adqu. rer. dom.* (lib. XIV, *ad Q. Mucium*), et la loi 54 *ejusd. tit.* (lib. XXXI. *ad Q. Mucium*). Il serait étrange qu'un ouvrage de Modestin, comprenant au moins 31 livres, n'eût fourni que deux fragments aux compilateurs des Pandectes. Aussi les critiques proposent d'y substituer *Pomponius ad Q. Mucium*, qui figure dans un grand nombre de textes. (d'Arnaud, *Conjectures*, l. II, c. XXIX. — Shulting, *notæ ad* Dig., t. VI, p. 366.)

M. de Savigny préfère conserver le nom de Modestin et fait valoir à l'appui de son opinion un motif historique. Si la transformation radicale qu'il voit dans la loi 53 *de adqu. rer. dom.* avait été déjà opérée et consacrée au temps de Pomponius (IIe siècle), il serait bien étrange qu'elle ne fût cité par aucun texte postérieur, et qu'elle fût même contredite par un grand nombre. Au contraire, si l'innovation est attribuée à Modestin, le silence des textes est moins surprenant, parce que Modestin est le dernier des grands jurisconsultes. (de Savigny, *Droit des obl.* t. II, p. 114.)

comme exemple des seconds, il cite la possession; le texte semble donc s'appliquer aux actes producteurs d'obligations aussi bien qu'aux actes constitutifs de droits réels. En outre, il déclare que les droits de la première catégorie (*ea quæ civiliter*) ne peuvent s'acquérir que par l'entremise des personnes soumises à notre puissance, tandis que les droits de la seconde catégorie (*ea quæ naturaliter*) peuvent être acquis par l'entremise d'un représentant quelconque. Ce texte supprime donc, semble-t-il, le principe de non-représentation pour tous les actes dénués de formes solennelles, et par conséquent pour tous les contrats autres que la stipulation.

36. Voyons les objections qu'on peut faire à ce raisonnement.

On a soutenu que le texte de la loi 53 *de adqu. rer.* dom. avait dû être altéré par les rédacteurs du Digeste. Dans sa rédaction primitive, a-t-on dit, il devait s'appliquer uniquement aux actes constitutifs de droits réels, et, pour le reconstituer dans la forme qu'il devait avoir, il faut substituer aux mots « *veluti stipulationem* » les mots « *veluti per mancipationem* ». A l'appui de cette objection, on a fait remarquer que la stipulation ne pouvait être citée comme un exemple d'actes civils (*ea quæ civiliter*), parce que ce contrat, tout en ayant une origine civile, était déjà, avant Gaïus (1), considéré comme

(1) Gaïus, *Com.* III, § 93.

juris gentium. Du reste, a-t-on ajouté, le mot *stipulatio* désignait un contrat et non pas un droit : il ne pouvait donc être mis en opposition avec le mot *possessio* (1).

Il n'est pas difficile de répondre à cette objection, qui ne repose au fond que sur une simple conjecture. On suppose que la loi 53 a été remaniée en entrant dans le Digeste, mais on ne le prouve par aucun argument sérieux. Sans doute, le mot *stipulatio* servait ordinairement à désigner le contrat *verbis*, mais on l'employait aussi quelquefois pour désigner le droit qui en résultait; il figure notamment avec cette acception dans plusieurs textes de Papinien et d'Ulpien (2). Quant à l'argument qui consiste à dire que la stipulation, étant devenue *juris gentium*, ne pouvait plus être citée comme exemple des actes formels, il méconnaît la véritable nature de ce contrat. La stipulation était devenue *juris gentium*, en ce sens qu'on l'avait rendue accessible même aux pérégrins, mais elle était toujours *juris civilis*, en ce sens qu'une interrogation et une réponse concordantes étaient indispensables pour la former, et qu'en dehors de ces formes rigoureusement déterminées, elle ne pouvait avoir aucune force obligatoire (3). La prétendue interpolation de Tribonien

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 189, note 14.

(2) L. 15, § 3, D., *de const. pec.* 49, 17. — L. 18, pr. § 3. D., *de stipul, serv.* 45, 3. de Papinien. — L. 7, pr. D. *de auct. et cons. tut.* 26, 8. — L. 25, § 2, *de usufr.* 7, 1, d'Ulpien.

(3) De Savigny, *Droit des obligations*, t. Ier, §§ 5, 6.

n'est donc pas démontrée (1). Ajoutons avec M. de Savigny que cette interpolation, fût-elle évidente, ne constituerait pas une raison suffisante pour nier les conséquences qu'il croit pouvoir tirer de la loi 53 *de adqu. rer. dom.* Tout ce qu'on pourrait en conclure, c'est que la transformation du principe de non-représentation, au lieu d'avoir été constatée dès le second siècle par Pomponius, ou dans le siècle suivant par Modestin, n'aurait été officiellement consacrée qu'à l'époque de Justinien.

37. Mais on peut faire au raisonnement de M. de Savigny une objection plus sérieuse. Si l'on admet que la loi 53 *de adqu. rer. dom.* consacre une réforme aussi considérable que la suppression du principe de non-représentation pour toute une classe de contrats, on ne peut manquer de trouver étrange qu'elle ne soit citée dans aucun texte postérieur, et qu'une réforme de cette importance soit, pour ainsi dire, dissimulée dans une formule unique et certainement ambiguë (2). Si la loi était de Modestin, le silence des jurisconsultes serait peut-être moins surprenant; mais, si elle est de Pomponius, comme cela paraît probable (3), on ne s'expliquerait pas comment les grands jurisconsultes de l'époque classique auraient pu s'abstenir de rappe-

(1) Cette interpolation n'est même pas vraisemblable, d'après la rédaction du texte. Voir dans Savigny (t. II, p. 111-112) l'analyse détaillée du texte, au point de vue grammatical.

(2) Maynz t, II, § 189, note 14.

(3) V. *suprà*, n° 35, note 3.

ler, de commenter, d'expliquer une décision qui romprait en visière avec l'un des principes les plus scrupuleusement respectés du droit romain. On est en droit d'en conclure que l'interprétation proposée par M. de Savigny présente quelque chose d'anormal, et, s'il est possible de trouver à la loi 53 un sens plausible sans la mettre en contradiction avec les principes, cette interprétation doit être rejetée.

Il n'est pas impossible de traduire la loi 53, sans la mettre en contradiction avec la règle « obligatio nulla per extraneam personam adquirenda. » Nous savons,en effet,que l'acquisition de la possession et les actes qui en dérivent avaient échappé de bonne heure au principe de non-représentation. C'est ainsi que s'était formée la règle en vertu de laquelle la possession pouvait seule s'acquérir par l'entremise d'un représentant. « Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil adquiri posse excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem (1). » Or la loi 53 *de adqu. rer. dominio* nous paraît consacrer précisément cette règle. Elle oppose à la stipulation, contrat formel,à l'égard duquel le principe de non-représentation était particulièrement justifié, l'acquisition de la possession,qui,à raison de sa nature, en était affranchie. Par conséquent, le texte ne dit

(1) § 5, Inst., *J. per quas pers.* l. II, t. IX.

pas que tous les actes dénués de formes peuvent être accomplis par l'entremise d'un représentant; il dit seulement que la possession peut être acquise par l'entremise d'un représentant quelconque, *per quemlibet*. Ce qui prouve bien, du reste, que le texte vise particulièrement l'acquisition de la possession, c'est qu'il précise les conditions nécessaires pour que cette acquisition se réalise : « *per quemlibet, volentibus nobis possidere adquirimus* ».

Voici donc la conclusion qui nous paraît ressortir de cette discussion de texte. La loi 53 *de adqu. rer. dom.* n'est pas suffisamment explicite, pour qu'on puisse en faire la base d'un système aussi hardiment novateur que le système proposé par M. de Savigny.

38. Après avoir appuyé son système sur un texte général, le savant professeur en cherche la confirmation dans des textes particuliers (1).

Dès l'époque de Gaïus, les contrats consensuels pouvaient être formés en l'absence des parties, soit par correspondance, soit par l'entremise d'un messager, *nuntius* : « Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur; veluti per epistolam, vel per nuntium (2). » La même doctrine s'appliquait aux pactes, comme le prouve le texte suivant du jurisconsulte Paul : « Labeo ait convenire posse, vel re : vel per epistolam vel per nuntium; inter absentes

(1) De Savigny, *Droit des Obl.*, t. II, p. 121.

(2) L. 2, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7. — L. 1, § 2, D., *de contr. emp.* 18, 1.

quoque posse (1). » Enfin, les contrats réels pouvaient également être conclus par l'entremise d'un messager, qui se chargeait de livrer la chose, et d'exprimer le consentement du contractant (2). Dans tous ces cas, le contrat formé par le *nuntius* produisait directement son effet dans la personne de celui qui l'envoyait, et M. de Savigny en conclut que les jurisconsultes romains avaient admis la possibilité d'une représentation directe pour tous ces contrats.

On ne peut évidemment contester la valeur de cet argument. Il s'appuie sur des textes précis, et la conclusion qu'il en tire est parfaitement logique. Il est certain que les contrats dont il est ici question pouvaient être conclus par l'entremise d'un *nuntius* et réaliser directement leurs effets dans la personne du tiers, qui devenait ainsi débiteur ou créancier par l'effet d'un contrat auquel il n'avait pas personnellement figuré. Nous sommes donc en présence de véritables contrats pour autrui, et, par exception au principe de non-représentation, ces contrats sont efficaces à l'égard du tiers. Les jurisconsultes romains, du reste, ont soin de mettre ces décisions d'accord avec la règle : « obligatio nulla per extraneam personam adquirenda ». Voici un texte dans lequel le jurisconsulte Paul suppose un pacte de constitut fait par l'entremise

(1) L. 2, pr. D., *de pactis*, 2, 14. Il en était de même pour le pacte de constitut. — L. 14, § 3. — L. 15, *de pec. const.*, 13, 5.
(2) L. 1, § 11. *Depositi*, 16, 3.

d'une *libera persona*, mais il prend soin de justifier sa décision : « Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus : *quia ministerium tantummodo* hoc casu præstare videtur (1). » C'est le représentant qui fait le pacte, mais, comme il agit au nom d'un tiers, il joue le rôle d'un instrument, *ministerium præstat*, et c'est le tiers qui est censé contracter lui-même par son entremise. Voilà bien la représentation directe, telle que nous l'avons déjà rencontrée à propos de la possession et telle qu'elle existe dans notre droit.

Mais qu'était-ce que le *nuntius* en droit romain? D'après M. de Savigny, c'était tout mandataire, tout gérant d'affaires qui agissait au nom d'un tiers. Il en conclut très justement que la représentation directe était admise pour les contrats qui pouvaient être conclus par l'entremise d'un *nuntius*. Comment, du reste, pourrait-on fixer la ligne de démarcation, au delà de laquelle le représentant cesse d'être un *nuntius* pour devenir un *procurator*? Dans une analyse pleine de finesse (2), l'illustre professeur s'attache à démontrer l'identité rationnelle qui existe entre le messager, lettre vivante qui ne raisonne pas, et le véritable représentant, qui discute, qui délibère, avant de contracter au nom de celui qu'il représente. Voulant acheter un cheval, j'offre 50, tandis que le marchand demande

(1) L. 15, D., *de pec. const.*, 13, 5,
(2) De Savigny, *Droit des obl.*, t. II, p. 122.

100, et nous nous séparons sans nous entendre; puis, après réflexion, je charge Paul d'aller déclarer au marchand que je consens à traiter pour 100: Paul est évidemment un *nuntius*, dans le sens le plus étroit du mot. Mais supposons maintenant que, tout en chargeant Paul de m'engager pour 100, je lui donne aussi pouvoir de traiter à 90 si c'est possible : Paul a une certaine liberté d'appréciation, dira-t-on qu'il n'est plus un *nuntius*, mais un *procurator*? Allons encore plus loin : ayant vu plusieurs chevaux chez un marchand, je charge Paul, qui est un fin connaisseur, de choisir et d'acheter en mon nom celui qui lui paraîtra le meilleur, au prix qu'il croira convenable : Paul est-il un *nuntius* ou un *procurator*? Au point de vue rationnel, il n'est pas possible d'établir entre ces divers cas une distinction sérieuse.

Nous reconnaissons qu'au point de vue rationnel l'argumentation de M. de Savigny est inattaquable, mais il n'en est pas de même au point de vue des textes. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que la théorie de la représentation, telle que nous la concevons dans notre droit, est plus rationnelle que le principe romain de non-représentation : il s'agit de savoir dans quelle mesure les jurisconsultes romains parvinrent à s'affranchir de ce principe. Or, les textes prouvent qu'il s'appliquait aux contrats dénués de formes, c'est-à-dire aux contrats qui pouvaient être conclus par l'entremise d'un *nuntius*. Rappelons notamment le texte géné-

ral du jurisconsulte Paul : « Quæcumque gerimus cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus (1). » Voilà un texte qui est certainement contemporain de ceux qui permettent de contracter *per nuntium*, puisque Gaïus disait déjà à propos des contrats consensuels : « unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur ; veluti per epistolam, vel per nuntium (2), » et cependant il déclare que le contrat de vente ne peut produire aucun effet, s'il est conclu au nom d'un tiers. Ces deux décisions sont inconciliables, si on admet, avec M. de Savigny, que le *nuntius* n'est autre chose qu'un *procurator* agissant au nom de son mandant. Elles se concilient, au contraire, si on restitue au *nuntius* son véritable caractère.

Les jurisconsultes romains comparent fréquemment le *nuntius* à une lettre; cette comparaison, jointe au sens naturel du mot, nous révèle le véritable rôle de cet agent. C'est un simple messager, ordinairement un esclave, quelquefois un homme libre, qui porte le consentement de celui qui l'envoie, de même que la lettre inanimée exprime le consentement de celui qui la signe. Au point de vue rationnel, le mandataire qui, dans no-

(1) V. *suprà*, n° 14.
(2) L. 2, § 2, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

tre droit, contracte au nom de son mandant, ne fait pas autre chose ; mais, en droit romain, le principe de non-représentation s'opposait à ce que le *procurator* jouât ce rôle. « Il ne faut pas, dit M. Vernet (1), confondre le mandataire, *mandatarius*, *procurator*, avec l'envoyé, *nuntius*. Le *nuntius* n'a pas, comme le mandataire, à délibérer pour savoir s'il consentira ou non ; il n'est qu'un porte-voix, il fait l'office d'une lettre, et l'on peut acquérir un droit de créance *per nuntium*, excepté dans la stipulation où la *causa civilis obligationis* consiste dans la formalité de la demande et de la réponse concordantes faites *inter præsentes*. »

39. Quoi qu'il en soit, on ne peut méconnaître l'intérêt qui s'attache à ce rôle du *nuntius* en droit romain. C'est là qu'est le germe de la théorie moderne en matière de représentation. M. de Savigny lui a donné sans doute trop d'importance, mais il n'a fait que devancer les années, en attribuant aux jurisconsultes romains la réforme qui était en germe dans leurs ouvrages, et dont il paraît bien difficile de fixer la date précise. Le droit canonique la reconnaît comme un fait accompli dans deux textes généraux que cite le grand jurisconsulte Allemand : « Potest quis per alium, quod potest facere per seipsum ». (2) « Qui facit per alium, est perinde

(1) Vernet, *Textes choisis*, p. 191. — M. Accarias fait la même distinction, *Précis*, t. II, n° 600, note 1.—Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 185, note 1.

(2) C. 68. *de reg. jur.* in-VI. (5. 12.)

ac si faciat per seipsum (1). » Aujourd'hui, toutes les législations européennes s'inspirent de ces principes ; nous aurons à les appliquer en droit français, et à examiner si les rédacteurs du code civil ne les ont pas méconnus dans leur théorie des promesses et stipulations pour autrui.

§ 3.

Actes accomplis par un gérant d'affaires.

40. En droit romain, le rôle du *negotiorum gestor* est exactement calqué sur celui du mandataire. La ratification du maître produit absolument les mêmes effets qu'un mandat antérieur : Ratihabitio mandato comparatur. » Nous avons déjà signalé ce principe (2), mais sans nous y arrêter, car ses conséquences remarquables n'apparaissent pas sous l'empire du principe de non-représentation. Elles sont pour ainsi dire neutralisées par les règles du mandat. Tant que les actes du mandataire sont dépourvus de tout effet direct dans la personne du mandant, les actes du gérant d'affaires ne peuvent produire plus d'effet dans la personne du ratifiant, et le maître qui ratifie ne peut être considéré comme ayant fait l'acte du gérant, si cet acte est de ceux qu'un mandataire n'aurait pas pu faire valablement en son nom. Mais le principe de non-

(1) C. 72. *eod.*
(2) V. *suprà*, n° 20.

représentation finit par disparaître pour toute une classe d'actes juridiques. Dès lors le gérant peut, comme le mandataire, accomplir ces actes au nom du maître, et voici les effets de la ratification.

En premier lieu, des relations directes s'établissent entre les tiers qui ont traité avec le gérant, et celui qui ratifie. Au moment de la ratification, le gérant se retire devant la personne qu'il s'est donné mission de représenter, et c'est cette dernière qui prend sa place. En d'autres termes, les actes faits par le gérant, lorsqu'ils sont affranchis du principe de non-représentation, produisent leurs effets dans la personne du maître qui ratifie, comme si ce dernier les avait accomplis lui-même.

En second lieu, le maître étant considéré comme ayant agi lui-même, les effets de l'acte datent pour lui, non du jour de sa ratification, mais du jour de l'acte accompli par le gérant. La ratification produit un effet rétroactif.

Ces effets remarquables de la ratification se retrouvent dans notre droit français ; ils soulèvent de vives controverses, et nous ne croyons pas inutile de rechercher dans les textes quelle était à leur égard la véritable doctrine des jurisconsultes romains. Pour cela, plaçons-nous successivement au point de vue des obligations, et au point de vue des droits réels.

41 — I. *Obligations.* Ce n'est pas dans les textes relatifs à la naissance de l'obligation que nous

pouvons trouver les documents qui nous sont nécessaires. La règle « obligatio nulla per extraneam personam adquirenda » ne disparut jamais du droit romain, et, sous son empire, le gérant devait stipuler ou promettre en son propre nom, sous peine de faire un acte nul. Nous savons, au contraire, que l'extinction des obligations par le paiement était un de ces actes qui pouvaient être valablement accomplis au nom d'autrui (1). Aussi les textes, prévoyant le cas où un gérant d'affaires reçoit un paiement au nom et à l'insu du créancier, décident que la ratification de ce dernier le fera considérer comme libéré depuis le jour où le paiement a été effectué.

Voici dans ce sens un texte très formel du jurisconsulte Ulpien : « Et si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius absentis procuratori datum, antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est : in pendenti est posterior solutio, ac prior; quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit (2) ». Un débiteur a deux créanciers corréaux. Il paie entre les mains d'un gérant qui prend d'office les intérêts de l'un des créanciers, et, avant que celui-ci ait ratifié, le débiteur paie la même dette à l'autre créancier. Quel est celui des deux paiements qui sera valable ? Cela est incertain, jusqu'à ce que l'on sache si le créancier absent, dont un gérant s'est constitué le *procurator*, ratifiera. Par sa ra-

(1) V. *suprà*, n° 31.
(2) L. 58, § 2. D., *de sol.*, 46, 3.

tification, l'obligation sera rétroactivement éteinte au jour du premier paiement, et le second sera nul (1). Il est impossible d'affirmer plus catégoriquement l'effet rétroactif de la ratification.

42. Mais cet effet rétroactif peut-il préjudicier aux tiers, qui, dans l'intervalle de l'acte à la ratification, ont acquis des droits de l'une ou l'autre des parties ? C'est sur ce point que porte la controverse dans notre droit, et les anciens commentateurs du droit romain décidaient sans hésiter que la ratification, rétroagissant entre les parties, devait respecter les droits des tiers. Mais les textes prouvent que cette distinction n'était pas admise par les jurisconsultes romains.

Dans ce sens, on peut argumenter de la décision que nous venons de citer. D'après Ulpien, la ratification, validant le paiement reçu par le *procurator*, annule rétroactivement le paiement fait entre les mains du cocréancier ; ce dernier, qui n'a pas été partie à l'opération, qui est un tiers, sera tenu de restituer ce qu'il a reçu. Or M. Labbé fait remarquer avec raison que les cocréanciers dont il s'agit dans l'espèce sont *rei stipulandi*, que rien ne prouve qu'ils soient associés entre eux, et que, dès lors, le créancier qui est forcé de rendre ce qu'il a reçu n'aura probablement pas le droit de réclamer sa part de la somme payée au représentant de son

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 14.

cocréancier. Il est donc lésé par l'effet rétroactif de la ratification (1).

43. II. *Droits réels.* — La même solution est adoptée, lorsque le maître ratifie un acte constitutif de droit réel. Pour qu'un paiement soit valable, il faut qu'il soit translatif de propriété; par conséquent, les textes relatifs au paiement peuvent être invoqués dans la matière des droits réels. En voici un qui caractérise nettement la situation des parties : « Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret : proprietas quidem per procuratorem non adquiritur. Potest tamen creditor, etiam *invito me*, ratum habendo, pecuniam suam facere : quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit; et ideo creditoris ratihabitione liberor (2). » Le créancier ne devient pas propriétaire par le seul fait du gérant, et la propriété de l'argent ne lui sera acquise que s'il ratifie; mais, dès à présent, je suis dessaisi de la chose livrée au gérant d'affaires, je ne puis plus en dis-

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 15. Le savant auteur puise un autre argument dans la loi 71, §§ 1, 2, D., *de sol.*, 46, 3. Dans ce texte, Celsus suppose un fidéjusseur qui paie entre les mains d'un gérant d'affaires. Sur ces entrefaites, le créancier fait remise de la dette au débiteur principal ; ce dernier a donc intérêt à empêcher la ratification du paiement fait par son fidéjusseur, car si le paiement est maintenu, il devra indemniser son fidéjusseur et ne profitera pas de sa libération. Cependant Celsus n'hésite pas à décider que la ratification validera le paiement et annulera l'acceptilation.

(2) L. 24, D., *de Neg. gest.*, 3, 5.

poser, car le maître peut ratifier malgré moi, *etiam invito me*. N'est-ce pas dire que, si je disposais de la chose, mes actes seraient annulés par l'effet rétroactif de la ratification (1)?

Ce qui est vrai pour la translation de propriété, l'est également pour la constitution d'hypothèque : « Si nesciente domino res ejus hypothecæ data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ad illud tempus quo convenit (2). »

44. En résumé, dans tous les actes où la représentation est permise, les jurisconsultes romains considèrent le maître qui ratifie comme ayant agi lui-même, et attribuent à sa ratification un effet rétroactif absolu, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties (3).

Quelle est donc la valeur de l'acte accompli par le gérant, tant que le maître ne se l'est pas approprié par une ratification? Il a exactement la valeur d'un acte soumis à une condition suspensive. Si le maître refuse de ratifier, l'acte tombe, et, s'il ra-

(1) Dans le même sens, L. 25, C., *de Don. int. vir. et usc.*, V, 15.

(2) L. 16, § 1, D., *de pign. et hyp.*, 20, 1.

(3) M. Labbé se demande si on pourrait argumenter contre cette proposition de la loi 44, § 1, *de usurp. et usucap.*, 41, 3. : « constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri. » Dans cette loi, Papinien suppose que le vendeur a vendu la chose d'autrui en son propre nom et que l'acheteur l'a acquise de mauvaise foi *a non domino ;* il se place dans un ordre d'idées tout différent.

tifie, l'acte devient définitif. Il faut observer du reste que cette incertitude ne doit pas durer trop longtemps, et que, si le maître gardait indéfiniment le silence, il pourrait être mis en demeure (1).

(1) L. 13. D., 46, 3. — Pothier. Pandectes, *ad leg.*, 58, pr., D., 46, 3.

CHAPITRE II

Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du promettant et du stipulant.

45. Nous devons maintenant aborder la seconde question de la théorie des promesses et stipulations pour autrui : la promesse pour autrui oblige-t-elle le promettant ? la stipulation pour autrui confère-t-elle une action au stipulant ? La réponse à cette double question est formulée dans les deux règles « Nemo alienum factum promittere potest ; alteri nemo stipulari potest. » Avant d'entrer dans l'étude détaillée de ces règles, il est bon de rappeler leur véritable signification. « Nemo alienum factum promittere potest » signifie, abstraction faite de toute idée de mandat, que le promettant pour autrui n'est pas lui-même obligé. « Alteri stipulari nemo potest » signifie, abstraction faite de toute idée de mandat, que celui qui stipule pour un tiers n'acquiert pas pour lui-même un droit d'action (1).

(1) Vernet, *Textes choisis*, p. 191. — V. *suprà*, n° 7.

Article I. — De la règle « nemo alienum factum promitter potest ».

46. La promesse du fait d'autrui n'oblige pas le promettant. Quel est le motif de cette règle? Ce n'est pas, comme on a paru le croire (1), que l'objet de la promesse soit une chose impossible par rapport au promettant ; c'est que le promettant n'a pas manifesté l'intention de s'obliger lui-même. Celui qui fait une promesse au nom d'autrui manifeste l'intention de faire naître une obligation à la charge d'un tiers, mais on n'est pas en droit d'en conclure qu'il a voulu assumer pour lui-même une obligation. La règle « nemo alienum factum promittere potest » repose donc sur ce principe fondamental : il n'y a pas d'obligation sans consentement.

Pour être exact, il faut ajouter que le stipulant devra se contenter difficilement d'une simple promesse pour autrui. Nous savons en effet que cette promesse, non seulement n'oblige pas celui qui la fait, mais ne peut produire aucun effet à l'égard du

(1) Demangeat, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 23, note 1. « Un homme, dit-il, qui promet le fait d'un tiers promet une chose impossible, le promettant étant maître de son fait et non du fait d'autrui. » C'est là évidemment un motif peu exact, car il n'y a aucune impossibilité, ni physique, ni juridique, pour le promettant à amener le tiers à exécuter le fait promis en son nom. — Donneau, *Comm. de jure civili* (éd. Nuremberg, 1829), t. III, ch. XX, n° 1.

tiers, alors même qu'il aurait donné mandat de la faire. Par conséquent, si le stipulant veut acquérir un droit de créance, il aura soin d'exiger que le promettant s'engage lui-même. Dans ce cas, le promettant sera personnellement obligé, mais son obligation naîtra en réalité d'une promesse personnelle. Supposons par exemple une stipulation ainsi formulée : « Promittisne te effecturum ut Titius det centum aureos? promitto (1). » Le promettant est personnellement tenu de procurer la dation des cent *aurei*, mais c'est là évidemment une promesse personnelle et non pas une promesse pour autrui. L'intention des parties a été de faire naître une obligation à la charge du promettant.

47. Pour que cette intention soit prise en considération dans un contrat de droit strict, dans une stipulation, il faut qu'elle soit formellement exprimée. « En matière de stipulation, l'intention des parties, fût-elle évidente, doit rester sans effet, toutes les fois qu'il est impossible de la faire ressortir des paroles prononcées : « in stipulationibus, verba ex quibus obligatio oritur inspicienda sunt (2). » Soit donc une promesse ainsi conçue : « Promitisne Titium daturum? promitto » ; il est impossible de faire ressortir des paroles prononcées l'intention de créer une obligation personnelle

(1) § 3, Inst. *J. de inut. stip.*, l. III, t. XIX.

(2) L. 126, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — Accarias, *Précis.*, t. II, n° 499.

à la charge du promettant ; par conséquent, alors même que cette intention serait clairement établie par d'autres circonstances, elle ne pourrait pas être prise en considération, et le promettant ne serait pas tenu personnellement.

Il ne serait pourtant pas indispensable que le fait du promettant fût expressément formulé dans la promesse, pourvu qu'il y fût implicitement contenu. La promesse *decem dari* est tout aussi obligatoire pour le promettant que la promesse *te decem dare*, car l'une et l'autre impliquent sans aucun doute que la prestation doit être faite par le promettant. On a toujours donné la même interprétation aux stipulations si fréquentes : « Spondes mihi illam rem habere licere ? Spondes dolum malum abesse et abfuturum ? » Le fait du promettant n'y est pas expressément formulé, mais elles s'interprètent en ce sens que le promettant s'engage pour lui-même, et par voie de conséquence pour ses héritiers, à procurer au stipulant la paisible possession de la chose ou à s'abstenir de tout dol (1).

Les règles d'interprétation que nous venons de rappeler ne s'appliquent pas avec toute leur rigueur à certaines promesses que le préteur impose aux parties en justice. Telle est la *cautio dominum rem ratam habiturum*. Lorsqu'un fondé de pouvoirs exerce une action en revendication pour le compte d'un tiers, le gain du procès n'assure pas le posses-

(1) L. 38, pr. §§ 2, 13. — L. 83 pr. D., *de verb. obl.*, 45, 1. — Accarias, *Précis*, t. II, n° 519.

seur contre l'éventualité d'une seconde instance engagée par le mandant lui-même ; aussi le préteur impose au revendiquant l'obligation de fournir la *cautio de rato*, c'est-à-dire de promettre que le tiers au nom duquel il se présente ratifiera la liaison de l'instance avec l'adversaire, et acceptera les résultats de cette instance, s'ils lui sont défavorables (1). C'est là une promesse pour autrui, et il est impossible de faire ressortir des *verba* l'intention d'obliger le promettant ; cependant le préteur l'interprète comme si le revendiquant avait promis *de se*, et c'est lui qui est rendu responsable du défaut de ratification. Cette exception aux règles générales s'explique, du reste, par la nature toute particulière des stipulations prétoriennes. C'est le préteur qui en a créé la formule et qui l'impose aux parties ; il est donc bien naturel que, les rédigeant lui-même, il se réserve le droit de les interpréter (2). Du reste, à raison de la *clausula doli* qui s'y trouve insérée, ces stipulations se rapprochent des contrats de bonne foi, dans lesquels on applique des règles d'interprétation beaucoup plus larges (3).

48. Dans les contrats de bonne foi, le juge peut

(1) § 4. Inst. J. *de inut. stip.* l. III. t. XVIII.— D., 46, 8. On peut rapprocher de la *cautio de rato* la promesse *alium certo loco et certo die sisti.* — L. 81, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. « Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet. »

(2) Accarias, *Précis*, t. II, n° 77 a. — L. 9., D., *de st. præt.* 46, 5. « In prætoriis stipulationibus, si ambiguus sermo acciderit, prætoris erit interpretatio : ejus enim mens æstimanda est. »

(3) de Savigny, *Système*, t. V, app. 13, n° 19.

tenir compte des circonstances et rechercher l'intention des parties en dehors des termes du contrat. Par suite, lorsqu'on arrive par une voie quelconque à démontrer que le promettant a eu l'intention de s'obliger dans un contrat de bonne foi fait au nom d'un tiers, cette intention doit être prise en considération. En pratique, il en est souvent ainsi. La représentation étant interdite, les parties savent que la promesse ne peut produire aucun effet à la charge du tiers; aussi le stipulant, s'il veut acquérir un droit de créance sérieux, ne manque pas de s'assurer un recours contre le promettant.

49. Mais faut-il aller plus loin, et déclarer que dans le doute, même lorsqu'il est impossible de prouver l'existence d'une obligation personnelle à la charge du promettant, cette obligation doit être présumée? Quelques auteurs le pensent, et arrivent ainsi à soustraire à l'application de notre règle tous les contrats de bonne foi. « Dans les contrats de bonne foi, dit M. Accarias, la règle nemo alienum factum promittere potest se réduit à dire que l'obligation ne se forme qu'autant que le promettant a l'intention sérieuse de s'obliger lui-même, et cette intention se présume toujours, parce qu'il est naturel de suivre l'interprétation qui donne un sens à l'acte, plutôt que celle qui la rend inutile (1). » Cette opinion, qui est certainement

(1) Accarias, *Précis*, t. II, n° 519. Dans le même sens, Demangeat, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 239. — Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 186. — Vernet, *Textes choisis*, p. 192.

contraire aux principes, ne nous paraît pas suffisamment justifiée.

M. Accarias invoque deux textes qui sont conçus dans le même sens et qui se rapportent l'un et l'autre à la stipulation. Dans le premier, le jurisconsulte Paul déclare que les termes douteux ou ambigus doivent s'interpréter conformément au sens général du contrat : « Ubi est verborum ambiguitas, valet, quod acti est : veluti cum stipuler, et sint plures Stichi; vel hominem, vel Carthagini, cum sint duæ Carthagines. Semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta : nisi cum aperte contra leges scriptum est (1). » Dans le second, Ulpien reproduit la même règle sous une forme générale : « Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit (2). » Mais ces textes sont-ils applicables à la question qui nous occupe? Ils contiennent une règle qui s'applique à la stipulation, et M. Accarias le reconnaît lui-même : « Bien que conçus, dit-il, en vue de la stipulation, ces textes n'ont leur application complète que dans les contrats de bonne foi, parce que là la recherche de l'intention des contractants n'est pas limitée par la nécessité de respecter une formule solennelle (3). » Or, dans la stipulation, il est impossible de présu-

(1) L. 21, D., *de reb. dub.*, 34, 5.
(2) L. 80, D., *de verb. obl.*, 45, 1.
(3) Accarias, *Précis*, t. II, n° 519, note 1.

mer une obligation personnelle à la charge du promettant pour autrui.

Cette circonstance doit déjà nous mettre en garde contre la conséquence qu'on croit pouvoir tirer des deux textes précités. Leur solution, du reste, s'explique très bien lorsqu'il s'agit d'interpréter une clause douteuse, contenue dans un contrat valable; mais rien ne prouve qu'elle doive également s'appliquer, lorsque le doute porte, non pas sur une clause particulière, mais sur l'existence même du contrat. Dans ce cas, en effet, le pouvoir d'interprétation qui appartient au juge est limité par un principe souverain, c'est que les obligations ne se présument pas. Nous avons vu que ce principe était précisément le fondement de la règle « nemo alienum factum promittere potest. » Il est reconnu dans un grand nombre de textes, et notamment dans deux fragments de Gaïus et de Paul, qui nous semblent contredire formellement la doctrine proposée par M. Accarias. « Favorabiliores, dit Gaïus, rei potius quam actores habentur (1). » « Ubi de obligando quæritur, dit Paul, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum (2). » Quelle est donc la situation des parties qui ont fait une promesse pour autrui? Le stipulant doit être admis à prouver que, contrairement aux apparences, l'intention commune a été de faire

(1) L. 125, D., *de reg. jur.*, 50, 17.

(2) L. 47, D., *de obl. et act.* 44, 7. — De Savigny, *Droit des obl.*, t. I, p. 9.

naître une obligation personnelle à la charge du promettant; mais, si cette preuve n'est pas faite, le juge ne peut pas présumer une obligation dont l'existence reste douteuse. Sans doute, le pouvoir d'interprétation dont il dispose est plus étendu dans les contrats de bonne foi que dans les contrats de droit strict, mais ce pouvoir ne peut aller jusqu'à créer une obligation qui, jusqu'à preuve contraire, doit être considérée comme n'existant pas.

Les textes, du reste, présentent la règle « nemo alienum factum promittere potest » comme tout à fait générale, et ne font aucune exception pour les contrats de bonne foi. Il y a même un pacte qui y est expressément soumis, c'est le pacte de constitut : « Si quis constituerit, dit Ulpien, alium soluturum, non se pro alio, non tenetur; et ita Pomponius, lib. octavo scribit (1). »

50. Dans les contrats de droit strict comme dans les contrats de bonne foi, le promettant pour autrui peut manifester l'intention de s'obliger lui-même, en promettant de payer une certaine somme, dans le cas où le tiers n'exécuterait pas le fait promis en son nom. Le contrat pour autrui se trouve ainsi validé à l'égard du promettant, et le stipulant acquiert contre lui un droit d'action. Ce procédé devait être fréquemment usité dans la pratique, car le stipulant était sûr d'acquérir une créance sérieuse, et fixait lui-même le chiffre des

(1) L. 5, § 4, D., *de const. pec.*, 13, 7.

dommages-intérêts qu'il était en droit de réclamer en cas d'inexécution du fait promis. C'était ce qu'on appelait une *stipulatio pœnæ*.

Certains auteurs ont soulevé une difficulté relativement à la valeur de ce contrat. Ils font remarquer avec raison qu'en droit romain, la *stipulatio pœnæ* pouvait affecter deux formes bien distinctes (1). Elle se présentait souvent sous la forme d'une stipulation conditionnelle : « Nisi mihi Titius Pamphilum dederit, promittisne centum? promitto. » Dans ce premier cas, il ne peut exister aucun doute sur sa validité; le promettant est obligé sous condition suspensive, et rien ne s'oppose à ce que le fait d'un tiers fasse l'objet d'une condition. Mais la *stipulatio pœnæ* pouvait aussi être formulée comme il suit : « Promittisne mihi Titium dare Pamphilum? promitto. » Dans ce cas, le contrat contient deux choses : une promesse pour autrui, qui est le contrat principal, et une promesse conditionnelle, qui affecte l'apparence d'un contrat accessoire. Or, dit-on, le contrat principal ne peut prendre naissance, en vertu du principe qui défend la représentation; par conséquent, le contrat accessoire n'a pas d'existence légale, et le stipulant ne peut réclamer le montant de la *pœna* (2).

(1) Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 70. — Accarias, *Précis*, t. II, n° 539.

(2) L. 115, § 2. D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 69, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — Cette opinion s'appuie surtout sur la loi 115, § 2, qui marque la différence entre les deux formes de la *stipulatio pœnæ*. — Maynz, t. II, § 340, note 3.

Quelque spécieux que soit ce raisonnement, je ne le crois pas conforme aux idées romaines. Les textes relatifs à la question qui nous occupe ne font aucune distinction entre les deux formes de la *stipulatio pœnæ*. Bien plus! ils semblent viser spécialement la seconde, celle qui prête à la *stipulatio pœnæ* l'apparence d'une promesse accessoire. Ils indiquent en effet la *stipulatio pœnæ* comme un moyen de s'engager personnellement en promettant le fait d'autrui, ou d'acquérir une créance en stipulant pour un tiers. Or, quand la *stipulatio pœnæ* se produit sous la première forme : « Si Titius Pamphilum non dederit, promittisne centum? » il est bien évident qu'il n'y a ni promesse ni stipulation pour autrui, mais seulement une promesse ou une stipulation personnelle soumise à une condition suspensive qui dépend de la volonté d'un tiers. « Alteri stipulari, dit Justinien (1), ut supra dictum est, nemo potest... Plane, *si quis velit hoc facere*, pœnam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest; pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit; *sed si addiderit de pœna* : nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio. » Dans ce texte, Justinien vise

(1) § 19, Inst., *J. de inut. st.*, l. III, t. XIX. — § 21. *eod.*

l'hypothèse où la *stipulatio pœnæ* affecte la forme d'une stipulation accessoire, puisqu'il conseille au stipulant de l'adjoindre à la stipulation pour autrui, et cependant il n'hésite pas à la déclarer valable : *committitur stipulatio*. Si ce texte était isolé, on pourrait peut-être soutenir qu'il est le résultat d'une erreur commise par les rédacteurs des Institutes, mais il est confirmé par plusieurs textes du Digeste qui prévoient certainement la même hypothèse (1). Il nous paraît donc hors de doute que la *stipulatio pœnæ* adjointe à une promesse ou à une stipulation pour autrui conserve sa valeur propre, malgré l'inefficacité du contrat qui semble lui servir de base.

On objecte qu'un tel système est inconciliable avec la loi 115, § 2, *de verborum obligationibus*. Nous devons reconnaître que, dans ce texte, Papinien distingue nettement les deux formes de *stipulatio pœnæ*, et applique à chacune d'elles des règles différentes; mais il ne dit pas que, dans la seconde forme, la *stipulatio pœnæ* doive être traitée comme un contrat accessoire, quant à sa validité. Sous ce rapport, elle a toujours été traitée par les jurisconsultes romains comme un contrat conditionnel. A l'origine, c'était toujours sous la forme d'une stipulation conditionnelle qu'elle se produisait, et on lui appliquait naturellement les règles des obligations conditionnelles. Plus tard, on prit

(1) L. 38, §§ 2, 4, 13, 17. D., *de verb. obl.*, 45, 1. — L. 81, *pr. eod.*

l'habitude de l'adjoindre à un autre contrat, pour en assurer l'exécution, mais elle ne perdit pas son premier caractère (1). Aussi, pour valider la *stipulatio pœnæ* adjointe à un contrat pour autrui, les textes invoquent ce caractère conditionnel : « pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis (2). »

51. Nous savons que le promettant pour autrui assume quelquefois une obligation personnelle : quelle est l'étendue de cette obligation ? Si les parties ont elles-mêmes pris soin de la déterminer, leur intention tient lieu de loi et doit être respectée. C'est ce qui arrive lorsque le stipulant s'est assuré un recours contre le promettant au moyen d'une *stipulatio pœnæ* : la peine promise représente le chiffre des dommages-intérets, évalués d'avance par les parties. Si les parties ont gardé le silence, on peut se demander quelle est l'étendue de l'obligation du promettant. Est-il libéré quand il a fait tout ce qui lui était possible pour amener le tiers à exécuter le fait promis, ou est-il tenu de payer des dommages-intérêts, par cela seul que le tiers n'a pas exécuté (3) ? La question était controversée par

(1) L. 69, *de verb. obl.*, 45, 1.

(2) § 19, Inst. J., *de inut. st.* l. III, t. XIX.— L. 38, § 17, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Donneau, *Comm. in select.* Dig., t., *ad* l. LXIX, — *Comm. de jure civili*, l. XII, ch. XVIII, § 9. — Bufnoir, *Théorie de la condition*, *p.* 75.

(3) Vernet, *Textes choisis*, p. 193.

les anciens commentateurs du droit romain, et c'était la seconde opinion qui l'emportait : on considérait généralement que le promettant était tenu d'indemniser le stipulant du préjudice souffert par suite de l'inexécution de la promesse (1).

En l'absence de textes qui tranchent la question, il est impossible de donner une solution certaine. Cependant, si l'on s'inspire des principes, on doit, semble-t-il, supposer que les jurisconsultes romains devaient résoudre différemment la question, suivant qu'il s'agissait d'un contrat de droit strict ou d'un contrat de bonne foi.

Prenons pour exemple des contrats de droit strict la promesse *se effecturum ut Titius det*. Le promettant s'est engagé à faire tous ses efforts pour amener le tiers à exécuter le fait promis; il doit être libéré, alors même que ses efforts sont restés sans résultat. Peut-être a-t-il eu l'intention de s'obliger à payer des dommages-intérêt en cas d'inexécution, mais les règles rigoureuses qui régissent l'interprétation des contrats de droit strict ne permettent pas de tenir compte de cette intention. En matière de stipulation, l'intention des parties fût-elle évidente, doit rester sans effet, tant qu'il est impossible de la faire ressortir des paroles prononcées. Or, si l'on prend dans leur sens étroit les paroles du promettant, il semble bien qu'il n'a pas

(1) Pothier, Pandectes in l. 45, t. I^er^, *de verb. obl. sect.* II, art. 2, § 2, n° 26, note 8. — *Bachorius*, *in notis ad Treutler*, t. II, disp. 27, th. 7. — Vinnius, Inst. J. l. III, t. XIX, § 3, *de inut. stip.*

promis de dommages-intérêts, mais seulement les efforts qui sont en son pouvoir. Que si on n'accepte pas cette interprétation restrictive, on doit tout au moins reconnaître que les paroles se prêtent à un double sens, et, dans ce cas, c'est l'interprétation la plus favorable au promettant qui doit l'emporter (1).

Dans les contrats de bonne foi, le juge n'est plus lié par ces principes rigoureux. Ayant la faculté d'interpréter le contrat en recherchant quelle a été la véritable intention des parties, il peut décider que le promettant a entendu se charger d'une obligation de faire, qui, en cas d'inexcution, doit se résoudre en dommages-intérêts. Dès lors, le promettant n'est libéré que par l'exécution du fait promis ou par le paiement de dommages-intérêts équivalant au préjudice souffert par le stipulant. Cette théorie nous semble conforme aux principes généraux, et on peut aisément la concilier avec l'opinion des anciens commentateurs du droit romain. Quand la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi eut perdu son importance pratique, on généralisa plus volontiers les règles d'interprétation qui donnaient satisfaction à la volonté présumée des parties. Dans notre droit, où tous les contrats sont de bonne foi, le promettant pour autrui qui s'engage lui-même est toujours obligé de payer des dommages-intérêts, si le tiers n'exécute pas le fait promis en son nom.

(1) L. 38, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — L. 99, pr. § 18, D., *eod.*

ARTICLE II. — DE LA RÈGLE ALTERI NEMO STIPULARI POTEST.

52. Celui qui stipule pour un tiers n'acquiert pas pour lui-même un droit d'action. Le motif de cette règle, c'est que la naissance d'une action sur la tête du stipulant pour autrui est juridiquement impossible. Il ne pourrait pas l'exercer dans son propre intérêt, à l'effet de se faire attribuer les avantages stipulés dans le contrat, puisque la stipulation pour autrui a précisément pour but de faire naître le droit de créance dans la personne d'un tiers. Mais ne pourrait-il pas l'exercer dans l'intérêt du tiers, à l'effet de faire exécuter à son égard la prestation promise? Il ne le pourrait pas d'avantage, parce qu'en général cette exécution n'est pas de nature à lui procurer un intérêt pécuniaire. Or, les obligations étant des restrictions à la liberté naturelle, il est de principe qu'elles ne doivent être sanctionnées que dans la mesure exacte de l'intérêt personnel des parties (1) : « Inventæ sunt enim, dit Ulpien, hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque adquirat quod sua interest : *cæterum ut alii detur, nihil interest mea* (2). »

Cependant, cette dernière affirmation d'Ulpien

(1) De Savigny, *Droit des obl.*, t. II, § 2, t. II, § 59. — Donneau, *Comm. de jur. civ.*, l. XII, ch. XVI, §§ 9, 10.

(2) L. 38, § 18, D., *de verb. obl.*, 45, 1. — § 19. Inst. J. *de inut. st.*, l. III, t. XIX.

n'est pas toujours vraie. Il peut arriver, et en pratique il arrive souvent, que nous avons un intérêt appréciable en argent à ce qu'une prestation stipulée pour un tiers soit exécutée (1). Dès lors, on ne peut pas refuser au stipulant une action à l'effet d'exiger l'exécution de la promesse, mais le contrat d'où naît cette action n'est pas un véritable contrat pour autrui. C'est dans son propre intérêt que le stipulant a fait le contrat, c'est donc en réalité pour lui-même qu'il a stipulé ; l'action qui lui est conférée a son principe dans une stipulation pour lui-même, et cette solution n'infirme en rien la règle « alteri stipulari nemo potest. »

53. Avant d'aller plus loin, il faut examiner une objection, qui, si elle était fondée, enlèverait toute application pratique à notre règle. Voici comment cette objection est formulée par M. Vernet : « Puisque le motif de la règle *alteri stipulari nemo potest* se trouve dans le défaut d'intéret de la part du stipulant à l'exécution de l'obligation, on pourrait prétendre que cette règle ne s'appliquera jamais, et s'appuyer pour le démontrer sur le raisonnement suivant ; celui qui stipule qu'on donnera à autrui ou qu'on fera pour autrui gère par cela même les affaires de ce tiers; voilà donc sa responsabilité engagée et il commence à être tenu de l'action *negotiorum gestorum directa*; il a dès lors un intérêt pécuniaire à l'exécution de la promesse qui lui a

(1) L. 38, §§ 20, 23, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

été faite : d'où il suivrait que toute stipulation pour autrui serait valable (1). »

Remarquons tout d'abord que cette objection ne peut évidemment prévaloir contre les textes si nombreux qui proclament l'impossibilité de stipuler pour autrui. On ne peut admettre que les jurisconsultes romains s'accordent à présenter comme un principe important une règle qui n'aurait aucune application pratique. Mais il importe de bien préciser ce qu'il y a de vrai et ce qu'il y a de faux dans l'objection, parce qu'elle touche à un problème que nous retrouverons en droit français. Ce qu'il y de faux dans l'objection proposée par M. Vernet, c'est que le stipulant pour autrui soit constitué responsable de sa gestion, par cela seul qu'il a stipulé pour autrui. Le tiers n'a pas le droit de se plaindre de l'inexécution d'une obligation à la naissance de la quelle il n'avaitpas le droit de s'attendre ; dès lors, le stipulantn'est pas tenu de l'action *negotiorum gestorum directa* M. Vernet fait très bien ressortir ce défaut de responsabilité : « Si la stipulation pour autrui, dit-il, forme le commencement de mon immixtion dans vos affaires, ma responsabilité n'étant pas engagée dès avant cette stipulation, elle ne saurait l'être par le fait même de la stipulation, puisque vous ne pouvez pas vous plaindre de l'inexécution d'une obligation à la naissance de laquelle vous n'aviez pas droit de vous attendre, vous n'avez donc pas

(1) Vernet, *Textes choisis*, p. 196.

contre moi l'action *negotiorum gestorum directa*, et dès lors, faute d'intérêt pécuniaire, je n'ai pas contre le promettant l'action naissant de la stipulation (1). » Voilà donc la véritable réponse à l'objection : le stipulant n'a pas d'action contre le promettant, parce que, n'étant pas responsable, il n'a pas d'intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation. Si, par exemple, je donne mandat dans l'intérêt exclusif d'un tiers (*mando ut negotia Titii geras*), je n'ai pas l'action *mandati*, parce que n'étant pas responsable, je n'ai pas d'intérêt à l'exécution du contrat; l'action *mandati* m'appartiendrait au contraire si, par une circonstance quelconque, je devenais responsable envers Titius (2). « Mandati actio, dit Ulpien, tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit..... Mandavi, *ut negotia gereres*; si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla est actio : aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum (3). »

Mais de ce qu'une stipulation pour autrui, lorsqu'elle est isolée, n'engage pas la responsabilité du stipulant, faut-il en conclure qu'elle ne puisse pas constituer par elle-même un acte de gestion d'affaires? Nous ne le pensons pas. Tout acte quelconque fait spontanément au nom d'un tiers nous

(1) Vernet, *Textes choisis*, p. 196.

(2) Pothier commet donc une erreur lorsqu'il déclare d'une manière générale que le mandat dans l'intérêt exclusif d'un tiers confère au mandant l'action *mandati*. Pothier. Pandectes, XVII, I, n° 13, note 2.

(3) L. 8, § 6, *Mand.*, 17, 1. — L. 28, D., *de neg. gest.*, 7, 5.

paraît être une gestion d'affaires (1). Sans doute, pour que cette gestion engage la responsabilité du gérant, pour qu'elle fasse naître contre lui l'action *negotiorum gestorum directa*, il faut qu'il y ait une immixtion effective dans le patrimoine du tiers, il faut que le tiers ait à se plaindre de quelque chose; mais l'acte du gérant n'en constitue pas moins, dans tous les cas, une véritable gestion qui s'offre à la ratification du tiers. Ce caractère de la stipulation pour autrui n'a pas une grande importance en droit romain, car, étant donné le principe de non-représentation, la ratification du tiers ne peut donner à la stipulation un effet qu'elle n'aurait pas, même si elle avait été faite par un mandataire (2); elle reste donc nulle, *inutilis*, après comme avant la ratification. En droit français, au contraire, ce caractère est de la plus haute importance. Si la stipulation pour autrui est un acte de gestion d'affaires, le tiers qui la ratifie doit être considéré comme ayant stipulé lui-même, et, dès lors, la stipulation pour autrui est valable, sous la condition suspensive de la ratification du tiers. Nous retrouverons cette intéressante question dans la seconde partie de notre thèse, mais il importe de constater dès à présent que la solution que nous croyons devoir adopter n'est pas en contradiction avec la règle « alteri stipulari nemo potest ».

(1) Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 65.

(2) Accarias, t. II, n° 639. — Demangeat, *Cours élém.*, t. II, p. 386.—Maynz, t. II, n° 303.—Molitor, t. I^er^, n° 52, t. II, n° 711.

54. Cette objection écartée, nous devons maintenant rechercher les cas où le stipulant pour autrui, étant intéressé à l'exécution du contrat, acquiert un droit d'action contre le promettant. Nous nous placerons successivement dans l'hypothèse d'un contrat de droit strict, et dans l'hypothèse d'un contrat de bonne foi.

§ 1er.

Contrat de droit strict.

55. Le stipulant pour autrui a droit à une action toutes les fois que l'exécution de la promesse à l'égard du tiers doit lui procurer un avantage appréciable en argent. Les textes prouvent cependant que cette théorie ne fut pas admise sans hésitation par les jurisconsultes romains. Il est probable qu'à l'origine, la stipulation devait être nulle par cela seul qu'elle désignait un tiers comme devant recevoir la prestation promise. Ulpien se pose la question de savoir si la stipulation pour autrui est valable, lorsqu'elle intéresse le stipulant (1). « Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus an stipulatio committatur? » Il répond affirmativement, en s'autorisant de l'opinion de Marcellus, mais il emploie une formule très hésitante : « aït Marcellus *posse defendi*, stipulationem valere. » La trace de ces scrupules se retrouve encore dans les

(1) L. 38, § 20, D., *de verb. obl.* 45, 1.

Institutes de Justinien, dont les expressions, quoique plus affirmatives, semblent faire allusion à des controverses disparues : « Sed et si quis stipulatur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere (1). » Quoi qu'il en soit, à l'époque de Justinien, ces controverses n'étaient plus qu'un souvenir, et le stipulant pour autrui obtenait une action, toutes les fois qu'il avait un intérêt pécuniaire à l'exécution du contrat.

56. On ne peut énumérer tous les cas dans lesquels cet intérêt existe, car il peut se présenter sous les formes les plus variées. En voici quelques-uns, cités par les Institutes et par Ulpien.

1° Soient plusieurs tuteurs testamentaires ou nommés par le magistrat *ex inquisitione* : ils sont dispensés de fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Cependant, si l'un d'eux vient à céder l'administration à un de ses collègues, il peut exiger la caution du cessionnaire, et il stipule en ces termes : « Promittisne rem pupilli salvam fore? promitto. » La stipulation est conçue au nom du pupille, mais en réalité le stipulant est le véritable intéressé, car il demeure responsable envers le pupille de l'administration du cessionnaire ; il peut donc exercer contre ce dernier l'action *ex stipulatu* (2).

(1) § 20. Inst., J. *de inut. stip.*, l. III, t. XIX.

(2) § 20. Inst., *eod.* Justinien semble restreindre cette solution au cas où le tuteur cédant aurait commencé de gérer, mais elle serait également vraie dans le cas contraire, car tous les

2° Je stipule de Titius qu'il donnera à mon mandataire l'argent nécessaire pour l'exécution de son mandat : j'ai intérêt à l'exécution de la promesse, puisque, faute d'obtenir la somme stipulée, mon mandataire ne pourrait exécuter mes instructions.

3° Etant tenu d'une obligation hypothécaire ou sous clause pénale, je stipule de Primus qu'il donnera 100 à mon créancier. Je suis encore le véritable intéressé, car, en procurant de l'argent à mon créancier, je puis éviter des poursuites imminentes, ou empêcher la vente inopportune d'un immeuble hypothéqué.

4° Je me suis engagé envers Primus à lui bâtir une maison; je stipule d'un architecte qu'il bâtira la maison de Primus.

Dans tous ces cas, et dans tous les autres semblables, le contrat n'a que l'apparence d'une stipulation pour autrui, c'est en réalité une stipulation pour soi-même(1).

57. Le stipulant pour autrui a toujours un moyen de se procurer une action contre le promettant, c'est de stipuler une peine pour le cas où le fait promis ne serait pas exécuté. On reproduit ici contre la valeur de cette clause l'objection que nous avons déjà réfutée en ce qui concerne la promesse

tuteurs sont responsables envers le pupille, même quand ils n'administrent pas.

(1) § 4, Inst., J. *de inut. st.* l. III, t. XIX. — L. 38, § 20. D., *de verb. obl.*, 45, 1.

pour autrui (1). Nous nous contenterons de rappeler que les jurisconsultes romains validaient certainement la *stipulatio pœnæ* adjointe à une promesse ou à une stipulation pour autrui. Le stipulant pouvait donc s'assurer un recours contre le promettant en formulant ainsi sa stipulation : « Promittisne te Titio Pamphilum dare? promitto.— Si non dederis, promittisne centum? promitto. » Par cette clause, le stipulant n'acquérait pas le droit d'agir contre le promettant à l'effet d'exiger la livraison de Pamphile, mais il pouvait indirectement l'y contraindre en le menaçant d'exiger la peine, et, en cas d'inexécution, il obtenait contre lui une condamnation dont le chiffre était fixé d'avance par les parties.

58. L'intérêt du stipulant apparaissait encore, en droit romain, dans les contrats faits par le père de famille au nom des personnes soumises à sa puissance. Comme il devait seul profiter des acquisitions résultant de ces contrats, il avait un intérêt pécuniaire évident à leur exécution, et on n'hésitait pas à lui conférer de ce chef un droit d'action. Il ne faudrait pas voir dans cet effet de l'*unitas persona* une véritable exception à la règle « alteri nemo stipulari potest, » car, si le père devenait créancier, c'est qu'il était seul intéressé à l'exécution du contrat; il avait donc en réalité stipulé pour lui-même. Il suit de là que, dans les cas exceptionnels où le père ne profitait pas des stipulations faites au

(1) V. *suprà*, n° 45.

nom de son fils ou de son esclave, il devait être considéré comme un *extraneus* et ne pouvait pas acquérir d'action.

Cette éventualité pouvait se présenter lorsque la stipulation faite par le père au nom d'une personne soumise à sa puissance avait pour objet un *factum*. Les faits sont quelque chose de tellement personnel, qu'on ne peut les concevoir séparés de la personne pour laquelle ils ont été stipulés. « Facta cohærent personæ cui adscribuntur, nec ab ea divelli et in aliam personam transire possunt (1). » Par suite, le père qui avait stipulé un fait pour son fils ou son esclave ne pouvait en exiger l'exécution qu'en faisant intervenir la personne pour laquelle il l'avait stipulé. Si donc il n'avait pas un intérêt pécuniaire à cette exécution, il se trouvait dépourvu d'action, tout comme s'il avait stipulé pour un *extraneus*. « Quod dicitur, dit Paul, patrem filio utiliter stipulari, hoc in his verum est quæ juris sunt quæque adquiri patri possunt : alioquin, si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat (2). » Il ne faudrait cependant pas prendre ce texte dans le sens absolu qu'il paraît avoir. D'après lui, la *stipulatio facti* faite par un père au nom de son fils paraît devoir être toujours nulle ; mais on peut supposer des cas où l'exécution du fait à l'égard du fils ou de l'esclave procure au

(1) Cujas, *Comm. ad leg.*, 130. D., *de verb. obl.* 45, 1. — *Quæst. Paul.*, l. XV, *Oper. post.*, t. II, p. 1172 (éd. Paris).

(2) L. 130., D., *de verb. obl.* 45, 1. — § 4. Inst., *de stip. serv.*, l. III, t. 17.

père un avantage appréciable en argent, et, dans ces hypothèses, il n'y aurait vraiment pas de motif rationnel pour lui refuser une action. Supposons, par exemple que le père ait un champ auquel il ne peut arriver que par des chemins détournés et difficiles, et que la route fût beaucoup plus directe ou plus commode pour aller de la voie publique à ce champ, si l'on pouvait traverser le champ de Titius. Si le père stipule de Titius qu'il accorderale passage à son fils ou à son esclave, chargé de la culture de ce champ, *ut filio aut servo suo ire agere liceat* (1), il aura évidemment un intérêt pécuniaire à l'exécution du fait promis, et les principes commandent de lui accorder une action. Pour se placer dans l'hypothèse qu'a dû prévoir le jurisconsulte Paul dans la loi 130 *de verb. obl.*, il faut imaginer un cas où le père n'a aucun intérêt, ou tout au moins, aucun intérêt appréciable en argent à l'exécution du fait. C'est ce qui arriverait si le champ auquel il s'agit d'arriver ne lui appartenait pas et dépendait du pécule castrense de son fils, ou s'il stipulait pour son fils malade qu'on le laissera se promener dans un parc. N'ayant pas d'intérêt, ou n'ayant qu'un pur intérêt d'affection à voir exécuter le fait à l'égard de son fils, le père ne peut pas plus avoir d'action que s'il avait stipulé pour un *extraneus* (2).

(1) Il ne s'agit pas là d'une servitude de passage, qui en principe, ne pourrait s'établir par stipulation.

(2) Vernet, *Textes choisis*, p. 197. — Accarias, *Précis*, t. II, n° 519, note 2.

§ 2.

Contrats de bonne foi.

59. La doctrine que nous venons d'exposer relativement aux contrats de droit strict fut sans doute admise beaucoup plus tôt pour les contrats de bonne foi. Le jurisconsulte Ulpien se sert à leur égard d'expressions plus catégoriques et semble étendre aux contrats de droit strict une opinion qui paraissait mieux justifiée pour les contrats de bonne foi. Dans la loi 38 *de verb. obl.*, déjà citée, il commence par poser la question comme douteuse relativement à la stipulation, et il la résout avec quelque hésitation. Puis, se plaçant dans l'hypothèse d'un contrat de bonne foi, il suppose qu'un entrepreneur, après s'être chargé de faire un ouvrage pour Titius, traite lui-même, par une nouvelle *locatio operis faciendi*, avec un tiers qui se chargera de l'exécution ; le contrat produit-il son effet à l'égard de l'entrepreneur? Ulpien répond sans aucune hésitation (*constat*) que l'entrepreneur a droit à l'*actio utilis ex locato*, et de cette décision certaine il conclut à la possibilité de stipuler *procuratori suo* ou *creditori suo*. « Visiblement donc, il étend au contrat de stipulation une doctrine qui n'avait d'abord été reçue que pour les contrats de bonne foi (1). »

60. On allait même beaucoup plus loin pour ces

(1) Accarias, *Précis*, t. II, n° 520, note 1.

derniers contrats. Non seulement on les déclarait valables à l'égard du stipulant qui avait un intérêt pécuniaire à leur exécution, mais, dans certains cas exceptionnels et particulièrement dignes de faveur, on tenait compte d'un simple intérêt d'affection : « Placuit enim prudentioribus, dit Papinien, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam (1). »

Quelle est la portée de cette affirmation de Papinien? Si l'on y voyait l'expression d'une règle générale, applicable dans tous les cas, il faudrait en conclure que la règle « alteri stipulari nemo potest » ne recevait aucune application dans les contrats de bonne foi. Le stipulant, en effet, pourrait toujours invoquer un intérêt d'affection, en s'inspirant de la maxime romaine « hominis interest alterum hominem beneficio affici, » et, dès lors, le motif de la règle, qui n'est autre que le défaut d'intérêt, ne se rencontrerait jamais dans un contrat de bonne foi (2). Or les textes prouvent que les contrats de cette catégorie sont soumis à la règle « alteri stipulari nemo potest, » tout comme les contrats de droit strict. — C'est d'abord le texte d'Ulpien que nous analysions tout à l'heure (3). Dans ce fragment, le jurisconsulte examine l'étendue de la règle; il pose la question pour les contrats de bonne foi comme pour les contrats de droit strict, et, dans les solutions qu'il adopte, c'est toujours par l'existence

(1) L. 54, D., *Mandati*, 17, 1.
(2) Vernet, *Textes choisis*, p. 194.
(3) L. 38, § 20, D., *de verb. obl.* 45, 1.

d'un intérêt pécuniaire qu'il justifie l'action accordée au stipulant. — Dans un autre texte (1), le même jurisconsulte exige un intérêt pécuniaire, pour que le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers puisse engendrer au profit du mandant l'action *mandati directa* : « Mandavi ut negotia gereres; si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est : aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum. » Si le simple intérêt d'affection devait toujours être pris en considération dans les contrats de bonne foi, le mandant pourrait invoquer un intérêt de ce genre; or Ulpien ne lui accorde l'action *mandati* que si sa responsabilité est engagée, c'est-à-dire s'il a un intérêt appréciable en argent (2).

61. Les divers cas dans lesquels les jurisconsultes romains ont appliqué la maxime de Papinien montrent bien, par leur caractère exceptionnel, qu'ils doivent être considérés comme des solutions isolées. Voici les plus connus de ces cas :

1° C'est d'abord l'exemple que cite Papinien dans la loi 54 *Mandati*. Un esclave donne mandat à un tiers de l'acheter pour l'affranchir : le mandat est nul (3). L'esclave, en effet, n'ayant pas de personnalité juridique, ne peut faire par lui-même un con-

(1) L. 8, § 6. D., *Mandati*, 17, 1.

(2) Accarias, *Précis.*, t. II, n° 522.

(3) Cujas, *Comm. Quæst. ap.* l. XXVII, *op. post.*, t. I^er^, p. 676, *ad.* l. 54 *Mandati*.

trat valable. D'autre part, il ne peut emprunter la capacité de son maître, puisque le maître lui-même ne pourrait donner mandat à un tiers d'acheter pour lui un esclave qui lui appartient déjà. Cependant, si la vente a été exécutée, Papinien permet au maître d'exercer l'action *mandati* pour exiger l'affranchissement de l'esclave (1). C'est bien ici le simple intérêt d'affection qui est pris en considération : « et affectus ratione, mandati agetur, » mais voici comment Papinien caractérise cet intérêt : « finge filium naturalem vel fratrem esse. » Il suppose que l'esclave est le fils ou le frère naturel du maître, de sorte que l'intérêt d'affection apparaît avec un caractère exceptionnellement digne de faveur.

2° Un père, après avoir acheté un immeuble, le constitue en dot à sa fille émancipée. L'immeuble étant évincé entre les mains du mari, on se demande si le père peut agir immédiatement en garantie contre le vendeur, soit par l'action *ex empto*, soit par l'action *ex stipulatu*, si la *stipulatio duplæ* est intervenue. Cette question est posée et résolue par le jurisconsulte Paul dans le texte suivant : « Pater filiæ nomine fundum in dotem dedit; evicto eo, an ex empto, vel duplæ stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris

(1) Il semblerait même que Papinien permettait au maître d'exiger à la fois et l'affranchissement de l'esclavage et le prix de vente ; mais, d'après une constitution de Dioclétien, le maître devait choisir entre ces deux partis. (L. unic. C. *si serv. exter.* IV, 36). — Accarias, *Précis.*, t. II, n° 521, note 1.

esse dici potest, nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus ne probabilius dicatur committi hoc quoque casu stipulationem; interest enim patris filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendæ dotis, utique si in potestate sit. Quod si emancipata est, *vix poterit defendi* statim committi stipulationem, quum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo demum agere possit, quum mortua in matrimonio filio potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? an et hoc casu, interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit (1) ». — Si la fille était sous la puissance de son père, l'intérêt de ce dernier apparaîtrait clairement. Il serait en effet appelé à recouvrer la dot qu'il a fournie, de quelque manière que s'opérât la dissolution du mariage, et, dès lors, il aurait un intérêt pécuniaire évident à faire rentrer dans les mains de sa fille l'immeuble évincé (2). Mais nous supposons que la fille est émancipée. Or, dans cette hypothèse, l'intérêt du père est bien réduit, car la dot ne doit lui revenir que dans un seul cas, celui où le mariage se dissoudrait par le décès de la femme. Il semblerait donc logique de ne per-

(1) L. 71, D., *de evict.*, 21, 2.

(2) Si le mariage était dissous par la mort de la femme, le père exercerait seul à son profit l'action *rei uxoriæ ;* en cas de mort du mari ou de divorce, il exercerait cette action avec le concours de sa fille, à qui il devrait conserver sa dot en vue d'un second mariage.

mettre au père d'agir en garantie qu'au moment où cet intérêt prendra naissance, c'est-à-dire au moment de la mort de sa fille. Cependant le jurisconsulte Paul, prenant en considération l'intérêt d'affection, lui permet d'agir immédiatement; « quod magis paterna affectio inducit (1). »

3° Papinien adopte une solution du même genre dans une hypothèse qui doit être rapprochée de la loi 54 *Mandati*. Vendant un esclave, je conviens avec l'acheteur, dans un pacte *in continenti* ajouté à la vente, qu'il ne sera pas dépaysé, *ne servus exportetur*; l'action *venditi* me sera donnée pour exiger l'exécution de cette convention (2). Il faut sans doute supposer, comme le fait la loi 54 *Mandati*, que l'esclave est le frère ou le fils naturel du vendeur, ou, en d'autres termes, que l'intérêt d'affection revêt un caractère exceptionnel.

Article IV. — Adjonction d'une promesse ou stipulation pour autrui a une promesse ou stipulation pour soi-même.

62. Cette adjonction se produit sous deux formes distinctes : on peut promettre ou stipuler alternativement pour soi-même ou pour un tiers (*mihi aut alii*), ou conjonctivement pour soi-même et pour un tiers (*mihi et alii*). Chacune de ces formules doit être étudiée séparément.

(1) Pellat., *Textes sur la dot*, p. 384 et s.
(2) L. 7, D., *de serv. export.*, 18, 7.

§ 1er.

63. Lorsque je stipule en ces termes : « Mihi aut Titio dare spondes ? » quelle est mon intention? Nous l'avons déjà précisée dans notre introduction, à propos des stipulations pour soi-même qui revêtent l'apparence d'une stipulation pour autrui (1). Je n'ai pas l'intention de m'adjoindre Titius pour lui faire acquérir une partie de la créance; mais j'ai pour but de lui conférer un mandat, afin que le débiteur puisse valablement payer entre ses mains. Titius est *adjectus solutionis gratia*. Une fois que ce mandat a été conféré par la stipulation, je ne puis plus le révoquer, parce qu'il n'est pas en mon pouvoir d'enlever au promettant une facilité de paiement que lui assure le contrat. La stipulation est donc parfaitement valable, mais c'est une stipulation pour moi-même accompagnée d'un mandat.

On peut compliquer un peu la question, si on suppose que l'*adjectus* est le père ou le fils du stipulant. Dans ce cas, en effet, nous savons que le bénéfice de la stipulation, et par conséquent le droit de recevoir le paiement, appartiennent en principe au père de famille. Dès lors, il arrivera fréquemment que l'*adjectio solutionis gratia* n'aura pas d'utilité, parce que la personne à qui elle confère le droit de recevoir le paiement en sera déjà investie. C'est ce qui arrive presque toujours, lorsque la stipulation

(1) V. *suprà*, n° 3.

mihi aut patri émane du fils de famille. Pour qu'elle produise son effet, il faut que la stipulation soit relative au pécule *castrense* du fils, car, alors, le fils n'acquérant pas pour son père, celui-ci peut figurer comme *adjectus*, aussi bien qu'un étranger. Si, au contraire, la stipulation *mihi aut filio* émane du père, l'*adjectio* devra produire son effet, car elle permettra au fils de recevoir un paiement, qui, en principe, ne pourrait être exigé que par le père (1).

L'adjectio solutionis gratia recevait en droit romain de fréquentes applications, mais, comme elle n'a en réalité que l'apparence d'un contrat pour autrui, elle doit rester en dehors de notre étude.

64. Supposons maintenant que j'ai promis en ces termes : « Promittisne te aut Titium dare centum? promitto. » Quelle est la valeur de la mention de Titius? On ne doit pas l'interpréter en ce sens que j'ai eu l'intention de mettre à sa charge la moitié de l'obligation, ce qui est impossible d'après les principes; mais ne peut-on pas dire que Titius est constitué mandataire à l'effet de payer, qu'il est une sorte d'*adjectus solvendi causa*? Les textes ne prévoient pas cette question, sans doute parce qu'elle n'offrait en droit romain aucun intérêt pratique. Le promettant n'avait aucun avantage à constituer par ce procédé un mandataire chargé de faire le paiement, puisqu'un tiers quelconque pouvait faire en

(1) L. 95, § 5. D., *de solut.*, 46, 3. — L. 56, §§ 2, 3. D., *de verb. bol.*, 45, 1. — Pellat, *Textes choisis*, p. 252.

son nom un paiement valable. Il y aurait même en danger à conférer ce pouvoir à l'*adjectus*, car le mandat, étant donné dans une stipulation, n'aurait pas pu être révoqué. Par suite, lorsqu'une stipulation se présentait sous cette forme, on devait tenir sans doute la mention de Titius pour superflue, et considérer le promettant comme seul et unique débiteur.

§ 2.

65. I. *Promesse ego aut alius.* — La promesse est ainsi conçue : « Spondesne te et Titium daturos decem aureos ? Spondeo. » Dans cette hypothèse, la promesse doit se décomposer en deux parties distinctes. Promettant 10 conjointement avec Titius, j'ai fait pour moi-même une promesse de 5 et pour Titius une promesse du même chiffre. La promesse faite au nom de Titius ne l'oblige pas, mais je suis obligé par ma promesse personnelle : le stipulant pourra ne réclamer 5 *aurei*. Mais ne suis-je pas obligé personnellement par la promesse faite au nom de Titius ? Non, en principe, car je n'ai pas manifesté l'intention de m'engager à payer la somme entière. Justinien applique cette solution au pacte de constitut : « Si quis autem dixerit : fiet tibi satis a me, et ab illo et illo : illis quidem quos nominaverit, non consentientibus, nullum ex tali voce fieri præjudicium : sed, nec ipsum qui hoc dixerit, pro illis personis quas nominavit, aliquam exactionem sus-

tinere : pro se autem, quod secundum leges debere monstratus fuerit, pro rata tantum portione sustinere (1). » Dans ce texte, Justinien met bien en lumière les divers motifs qui dictent sa décision. En premier lieu, les personnes au nom desquelles le promettant a parlé ne contractent aucune obligation, et il en donne la véritable raison, c'est que, n'étant pas représentées, elles n'ont pas consenti, *non consentientibus*.

Quant au promettant, il est tenu dans la mesure exacte de l'obligation qu'il a prétendu assumer : *quod secundum leges debere monstratus fuerit*.

66. II. — *Stipulation mihi et alii*. — Les deux grandes écoles des jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la valeur de cette stipulation. D'après les Proculiens, la stipulation devait produire son effet seulement pour moitié, tandis que les Sabiniens considéraient la mention du tiers comme inutile, et validaient la stipulation pour le tout (2). Examinons, en tenant compte des principes, qu'elle était celle de ces opinions qui devait prévaloir.

(1) Nov. 115, ch. VI.

(2) Gaïus, *Comm.* III, § 103. — Cette opinion n'était pas unanime dans l'école sabinienne, car nous voyons le Sabinien Pomponius se rallier à l'opinion contraire dans un texte qui ne porte aucune trace d'interpolation : « Si mihi et Titio in cujus potestate non sim, stipuler decem : non tota decem, sed sola quinque mihi debentur ; pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem. » (L. 110, D., *de verb. obl.*, 45, 1.)

Voici la formule de la stipulation dont il est question : « Spondesne mihi et Titio centum dare? spondeo. » Si l'on décompose le contrat, on voit qu'il renferme à la fois une stipulation de 50 pour soi-même, et une stipulation du même chiffre pour Titius : la stipulation pour soi-même est valable, mais la stipulation pour autrui doit rester sans effet. C'est donc l'opinion proculienne qui est la plus conforme aux principes, et c'est elle qui a prévalu (1). Il faut ajouter cependant que, si le stipulant avait un intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation vis-à-vis de Titius, il deviendrait créancier de la somme entière, et pourrait agir pour le tout. Supposons par exemple que Titius soit l'associé du stipulant et que ce dernier ait stipulé en vue d'une entreprise profitable à la société : il aura évidemment un intérêt pécuniaire au paiement de la somme entière, et pourra l'exiger. Les deux écoles devaient être d'accord sur cette solution qui découle rigoureusement des principes (2).

Le problème est un peu différent, si, au lieu d'un contrat unilatéral, comme la stipulation, on suppose un contrat synallagmatique, une vente par exemple. Le contrat comprend à la fois une promesse et une stipulation : stipulation de l'objet

(1) § 4, Inst. J., *de inut. stip.*, l. III, t. XIX.

(2) M. Accarias (t. II, n° 521), choisit précisément cet exemple pour exposer la controverse des écoles romaines ; cependant, il semble bien que la même solution devait logiquement s'imposer à l'une et à l'autre.

vendu et promesse du prix. Il faut donc combiner ensemble les deux règles « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest. » De plus, la vente étant un contrat de bonne foi, on doit tenir compte de l'intention présumée des parties, car on n'est plus lié par la formule rigoureuse de la stipulation.

Soit donc une vente ainsi faite : j'achète une maison pour Titius et pour moi. L'intention des parties est facile à saisir : j'ai voulu acquérir avec Titius, à frais communs, une maison que je veux rendre indivise entre nous. Par conséquent, si on se décidait uniquement d'après l'intention des parties, nous devrions avoir droit de réclamer en commun la maison tout entière, et le vendeur devrait pouvoir exiger de chacun de nous la moitié du prix. Mais cette solution ne peut être adoptée sous l'empire du principe de non-représentation. Titius ne peut devenir ni créancier ni débiteur par mon fait, et la vente doit être nulle à son égard : *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Cette solution étant écartée, il en reste trois autres entre lesquelles les jurisconsultes romains ont dû choisir :

1° On peut décomposer l'opération, comme les Proculiens décomposaient la stipulation *mihi et Seio*, annuler seulement la promesse et la stipulation pour autrui, et, par suite, déclarer la vente valable pour moitié. En suivant ce parti, j'aurais acheté la moitié de la maison et je devrais payer la

moitié du prix. Mais cette solution est évidemment inacceptable : elle méconnaît la volonté des parties, et présenterait en pratique des inconvénients qui doivent la faire rejeter.

2° On peut annuler l'opération pour le tout, en vertu des règles « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest », mais cette solution, qui méconnaît également l'intention des contractants, ne peut se justifier dans un contrat de bonne foi.

3° Enfin on peut valider la vente pour le tout, en considérant la mention de Titius comme inutile. C'est cette dernière solution qui prévalut, et Justinien la consacre, en reproduisant au Digeste un fragment dans lequel le jurisconsulte Javolenus l'adopte formellement : « Fundus ille est mihi et Titio emptus. Quæro utrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi personam Titii supervacuo accipiendam, ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere (1). » On pourrait peut-être croire qu'en reproduisant cette décision, Justinien se met en contradiction avec lui-même, puisqu'il valide pour le tout le contrat de vente *mihi et Titio*, après avoir adopté l'opinion proculienne, qui ne validait que pour moitié la stipulation *mihi et Seio*. Aussi quelques auteurs ont-ils soutenu que le texte de Javolenus avait été inséré par mégarde au Digeste, et que Justinien

(1) L. 64, D., *de contrah. empt.*, 18, 1.

devait se conformer dans les deux cas à l'opinion proculienne (1). Mais la contradiction n'est qu'apparente. Dans la stipulation, contrat de droit strict, on ne pouvait tenir compte de la volonté des parties, que si elle ressortait clairement des paroles prononcées. Or, par la stipulation *mihi et Seio*, je ne manifeste pas l'intention d'acquérir la somme entière. Tout au contraire, lorsque j'achète une maison pour Titius et pour moi, j'ai l'intention de faire un marché ferme, un contrat sérieux, et, comme l'intention des parties peut être prise en considération, il est logique de ne pas décomposer l'opération et de valider le contrat de vente pour le tout. Sans doute, je voulais rendre Titius acquéreur conjointement avec moi-même, mais l'impossibilité de ce résultat ne doit pas influer sur la validité du contrat à mon égard. Il est donc probable que Sabiniens et Proculiens étaient d'accord sur cette question.

68. Du reste, nous voyons le Sabinien Javolenus déduire des mêmes principes une solution que « le Proculien le plus orthodoxe (2) » aurait certainement approuvée. Il suppose que, vendant un fonds, je réserve une servitude *mihi et vicino*, c'est-à-dire au profit de deux autres fonds dont un seul m'appartient. Cela étant, dit-il, la mention du voisin sera réputée inutile : « Proprium solum vendo, an servitutem talem injungere possim, *ut mihi et vicino*

(1) Demangeat, *Cours élément.*, t. II, p. 244.
(2) Accarias. Précis, t. II, n° 521, note 1.

serviat?... Respondi : servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest. Adjectio itaque vicini pro supervacuo habenda est : ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat (1)... » Quelle est ici l'intention des parties? Je n'ai pas pu vouloir retenir une seule servitude indivise au profit des deux fonds, car, en principe, on ne peut stipuler pour partie une chose indivisible ; une servitude par exemple (2). En réalité, j'ai eu pour but de retenir deux servitudes, l'une au profit du fonds de mon voisin, l'autre au profit de mon propre fonds. Or le premier résultat est impossible « servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest », mais rien ne s'oppose à ce que le second se réalise. Par conséquent, une seule servitude se trouve due, et c'est au profit de mon propre fonds qu'elle devra être constituée. Mais dirons-nous que les Proculiens devaient nécessairement professer une opinion contraire (3)? Non, car cette solution découle de principes qui sont reconnus par les jurisconsultes des deux écoles.

(1) L. 5, D., *comm. præd.*, 8, 4.

(2) L. 19, D., *de servit. præd. rust.*, 8, 3. — Accarias, t. II, n° 521, note 1.

(3) Ortolan, t. II, n° 1340, note 3.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER.

Aperçu général de la théorie des promesses et stipulations pour autrui en droit Français.

69. Ce n'est pas une théorie nouvelle que nous allons étudier dans les textes du Code civil. Les fameuses règles « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest » revivent dans l'article 1119. C. civ., qui est ainsi conçu : « On ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. » C'est donc, au moins dans ses grandes lignes, la théorie romaine que nous retrouvons en droit français, et les principes que nous avons essayé de mettre en lumière nous serviront à résoudre les nombreux et difficiles problèmes que présente notre sujet.

70. Cette influence des idées romaines n'a rien qui doive surprendre. Malgré leur infinie variété,

les conventions qui se forment entre les hommes sont régies par un certain nombre de règles fixes et précises, sur lesquelles le temps n'a pas d'action. Ces principes fondamentaux sont de droit naturel, ils sont écrits dans la raison de tous avant d'être formulés par les législations positives, et c'est une des gloires du droit romain de les avoir pour la première fois consacrés dans leur ensemble. Aussi le législateur de 1804 n'a pas eu la prétention de refaire à nouveau le droit des obligations. Il l'a trouvé tout fait, élaboré depuis des siècles, et il a dû se contenter de l'adapter aux besoins nouveaux d'une civilisation plus avancée. Ce rôle, du reste, est nettement caractérisé par les orateurs du gouvernement et du Tribunat dans les travaux préparatoires du Code civil (1). Exposant la méthode suivie dans la rédaction du titre des obligations, ils font ressortir l'importance et le caractère éminemment philosophique de cette partie du droit, ils rappellent son origine, et c'est aux textes du droit romain qu'ils conseillent de recourir pour combler les lacunes inévitables dans toute œuvre législative. Il n'est donc pas surprenant que la théorie des promesses et stipulations pour autrui porte, dans notre droit, l'empreinte de la doctrine romaine : elle fait partie du droit des obligations, or le droit romain des obligations est resté debout, il a passé dans nos

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs.* — Locré, t. XII, p. 313.

lois et dans celles de toutes les nations civilisées (1).

71. Mais la doctrine romaine ne pouvait passer tout entière dans le Code civil. A côté des principes fondamentaux, qui sont de droit naturel et qui restent vrais dans tous les temps, elle contenait certaines règles, qui, tenant au génie particulier du droit romain, étaient destinées à disparaître avec le peuple qui les conservait religieusement. Les rédacteurs du Code civil devaient donc choisir parmi les règles que nous avons étudiées en droit romain, rejeter celles qui étaient incompatibles avec les principes du droit moderne, et conserver les autres.

Dans cet aperçu général, nous allons examiner si la théorie qu'ils ont émise est conforme à cette distinction.

72. En droit romain, tout contrat pour autrui était nul, *inutilis*, parce qu'il ne pouvait produire d'effet ni à l'égard du tiers, ni à l'égard du contractant. En est-il de même en droit français? Les promesses et les stipulations pour autrui sont-elles nulles? D'après l'opinion générale, presque unanime (2), l'affirmative n'est pas douteuse; les promesses et les stipulations pour autrui sont interdites par l'article 1119 C. civ., et elles ne sont

(1) Glasson, *Éléments de droit français*, t. II, n° 144.

(2) Demolombe, *Obligations*, t. 1er, nos 210, 211. — Aubry et Rau, t. IV, § 363 *ter*. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1119, n° 3. — Laurent, *Principes de droit civil*, t. XV, n° 538.

valables, par exception, que dans les cas prévus par les articles 1120 et 1121.

On voit immédiatement combien cette interdiction serait contraire au principe de liberté qui sert de base à tout notre droit des obligations. Comment admettre une disposition de ce genre dans une législation qui n'impose d'autres entraves à la liberté des conventions que les règles protectrices de la morale et de l'ordre public? Que les contrats pour autrui ne puissent produire effet dans la personne du promettant ou du stipulant, rien n'est plus rationnel. Ce n'est pas là une interdiction, mais une impossibilité juridique; celui qui promet pour un tiers ne promet pas pour lui-même, et celui qui stipule pour un tiers ne veut pas devenir lui-même créancier; or il ne peut y avoir ni créance ni obligation sans consentement. Mais quel principe s'opposerait à la validité du contrat à l'égard de celui que les contractants ont voulu rendre débiteur ou créancier? Nous n'en connaissons pas en dehors du vieux principe romain de non-représentation, que les rédacteurs du Code civil ont certainement aboli dans l'art. 1984 : « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose *pour le mandataire et en son nom* »; c'est la contradiction exacte de la règle romaine qui déclarait nul, *inanis*, tout contrat fait au nom d'un tiers (1). Au point de vue rationnel, comme

(1) L. 11, D., *de obl. et act.*, 44, 7.

au point de vue des textes, il est donc évident que l'interdiction des promesses et des stipulations pour autrui serait un contre-sens dans notre droit.

73. Mais quels sont les contrats qui devraient tomber sous le coup de cette interdiction? Ce ne sont pas les contrats conclus par un mandataire au nom de son mandant : ils produisent leurs effets dans la personne du mandant, comme s'ils étaient conclus par lui-même. Ce ne sont pas non plus les contrats conclus au nom d'un tiers par un gérant sans mandat, car tous les auteurs, sauf de rares exceptions (1), reconnaissent la validité des promesses et des stipulations faites pour autrui *au nom d'autrui*. Pendant l'absence de Pierre, j'achète en son nom une maison qu'il désirait depuis longtemps; s'il ratifie le contrat, il est censé avoir contracté lui-même, et les choses se passent comme si j'avais reçu mandat *ab initio* de conclure le marché, en vertu de la règle bien connue « ratihabitio mandato æquiparatur. » Presque tous les auteurs admettent cette solution, et il est à peine besoin de la justifier. « Si je contracte, disait Pothier, au nom d'une personne qui ne m'avait point donné de procuration, sa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par mon ministère (2) ». La doctrine de Pothier a certainement passé dans le Code civil.

(1) Laurent, *Principes*, t. XV, n° 557.
(2) Pothier, *Obligations*, n° 75.

D'après l'art 1998, si le mandataire a excédé les bornes de son mandat, le mandant est libre de ratifier ou non ce qui excède le mandat; or les actes qui dépassent les pouvoirs du mandataire ne sont pas autre chose que des actes de gestion d'affaires, qui, en cas de ratification, sont considérés comme accomplis par le mandant lui-même.

Quels sont donc les contrats pour autrui qui sont frappés de nullité? D'après le système qui paraît rallier presque tous les suffrages, l'interdiction des promesses et stipulations pour autrui s'appliquerait uniquement à celles que le contractant fait en son propre nom. L'art. 1119, dit-on, ne défend pas de promettre ou de stipuler pour autrui *au nom d'autrui*, mais il est interdit de promettre ou de stipuler *en son propre nom pour autrui* (1). Tels sont les contrats qui devraient tomber sous l'application de l'article 1119, mais, si l'on y regarde de près, on s'aperçoit qu'il n'y a là qu'une apparence, et que ces contrats sont des hypothèses à peu près chimériques.

Tout d'abord, il est assez difficile de se faire théoriquement une idée exacte de ces contrats. Si on prend les mots dans leur sens naturel, *stipuler en son propre nom*, c'est stipuler pour soi-même, c'est faire un contrat dans lequel on se présente comme

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 240. — Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1119, n° 5. — Marcadé, t. IV, art. 1119, n° 428. — Colmet de Santerre, t. V, art. 1119, n° 30.

devant jouer soi-même le rôle de créancier; d'autre part, *stipuler pour autrui*, c'est stipuler dans le but de faire naître un droit de créance au profit d'un tiers, c'est faire un contrat dans lequel on présente un tiers comme devant jouer le rôle de créancier : on ne comprend pas bien comment le même contrat peut réunir deux caractères qui semblent s'exclure (1). Mais, en admettant l'existence théorique de ces contrats, on peut affirmer qu'ils ne se présenteront jamais dans la pratique. Supposons en effet que, pendant l'absence de Paul, je stipule une servitude de passage au profit de son fonds, sans dire formellement que je stipule au nom de Paul : pourra-t-on dire que j'ai stipulé en mon propre nom pour autrui? Une telle interprétation ne se comprendrait pas, d'abord parce qu'elle serait évidemment contraire à l'intention des parties, et de plus, parce qu'elle serait en contradiction avec la règle de l'article 1157 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans le sens qui lui donne quelque effet. » Dans le système que nous combattons, la stipulation faite en son propre nom pour autrui n'aurait aucun effet, ni à l'égard du tiers, ni à l'égard du stipulant; par conséquent, pour qu'une telle stipulation pût se présenter en pratique, il faudrait que les parties prissent le soin d'affirmer leur intention dans ce sens, ce qui paraît inadmissible. « Y a-t-il autre

(1) Mourlon, *Répétitions écrites*, nos 1066-1070.

chose qu'une différence de mots, dit M. Colmet de Santerre (1), entre ces deux conventions dont l'une indique que le stipulant agit au nom du tiers, et l'autre se contente de montrer qu'il agit dans l'intérêt de ce tiers, et peut-il être dans l'esprit du droit français de faire dépendre d'une différence de mots la validité ou la nullité d'une convention? N'est-ce pas encore le cas d'appliquer la règle de sage interprétation édictée par l'article 1157; il faut interpréter un acte *potius ut valeat quam ut pereat*? »

Nous arrivons à constater l'impossibilité de trouver dans notre droit un contrat pour autrui qui soit frappé de nullité, ou, si on en trouve, c'est un contrat chimérique, dont on ne peut prévoir l'existence, et dont le législateur n'avait pas à tenir compte. Il faut en conclure qu'en droit français les contrats pour autrui ne sont pas nuls comme en droit romain. Cette différence entre les deux législations est, du reste, parfaitement rationnelle. Nous savons qu'en droit romain, la nullité des contrats pour autrui tenait à une double impossibilité. Ils ne pouvaient produire aucun effet dans la personne du promettant ou du stipulant, à raison des règles immuables qui régissent les obligations; ils ne pouvaient avoir effet à l'égard du tiers, à raison d'une règle nécessairement transitoire, qui tenait au *jus*

(1) Colmet de Santerre, t. V, art. 1121, n° 33 *bis*, III. — Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 240.

civile, et qui est maintenant abolie. La première impossibilité subsiste, la seconde a disparu.

74. Voici donc quelle nous paraît être, dans ses grandes lignes, la théorie du Code civil en matière de promesses et stipulations pour autrui. Au regard du promettant et du stipulant, ces contrats ne peuvent produire aucun effet. C'était le sens des deux règles romaines « nemo alienum factum promittere potest, alteri nemo stipulari potest; » c'est aussi le sens de l'article 1119 C. civ. *On ne peut en général s'engager en son propre nom que pour soi-même*, signifie qu'en principe, lorsqu'on promet pour autrui, c'est-à-dire dans le but de rendre un tiers débiteur, on ne contracte pas soi-même une obligation. *On ne peut en général stipuler en son propre nom que pour soi-même*, signifie qu'en principe, celui qui stipule pour autrui, c'est-à-dire dans le but de rendre un tiers créancier, n'acquiert pas pour lui-même un droit de créance. Tel est le sens des deux règles contenues dans l'article 1119 du Code civil, tel nous paraît être leur domaine exact : elles n'ont trait qu'aux effets de promesses et stipulations pour autrui dans la personne du promettant ou du stipulant.

Au regard du tiers dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé, les contrats pour autrui produisent leur effet normal à une seule condition, c'est que le tiers soit représenté. Il est évidemment représenté, quand le contrat émane de son man-

dataire, conventionnel, légal ou judiciaire. Il est également représenté, lorsqu'il ratifie un contrat fait en son nom par un gérant sans mandat; dans ce dernier cas, la promesse ou la stipulation a la valeur d'un contrat conditionnel, soumis à la condition suspensive de la ratification du tiers. Par conséquent, si le tiers refuse de ratifier, le contrat tombe; mais, s'il ratifie, les choses se passent comme s'il avait donné mandat, et il est rétroactivement considéré comme ayant promis ou stipulé lui-même. Ce sont les règles qui régissent toute gestion d'affaires.

Ainsi comprise, la théorie des promesses et stipulations pour autrui est parfaitement rationnelle et conforme au principe de la liberté des conventions. Il ne nous reste plus qu'à réfuter les principales objections qu'on peut lui opposer.

75. On lui reproche d'exagérer la portée du quasi-contrat de gestion d'affaires. Pour qu'il y ait véritablement *negotiorum gestio*, dit-on, il faut *qu'il préexiste à la gestion une affaire qui puisse en être la matière*, il faut qu'il y ait immixtion effective dans les affaires d'un tiers(1). En dehors de cette immixtion, l'acte fait au nom d'un tiers peut constituer une *negotiorum susceptio*, mais non pas une *negotiorum gestio*. Or, la stipulation pour autrui, lorsqu'elle est isolée, n'est point une immixtion

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, note 20. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 557.

effective dans les affaires du tiers pour lequel on stipule; elle ne peut donc pas être considérée comme un acte de gestion d'affaires.

Nous avons déjà rencontré une objection analogue en droit romain, et nous avons fait à ce propos une distinction qui nous paraît trancher la difficulté (1). Pour que l'action *negotiorum gestorum* puisse naître contre le gérant, nous avons déjà reconnu qu'il faut une immixtion effective dans les affaires du maître, sans quoi le gérant n'engagerait pas sa responsabilité. S'il se contente de faire un acte isolé, une stipulation par exemple, il n'est pas responsable des conséquences de l'acte, parce qu'il ne touche pas au patrimoine; le maître est libre de ratifier ce qui a été fait en son nom, mais il ne peut se plaindre des conditions ou de l'inexécution d'un contrat auquel il n'avait pas le droit de s'attendre, il n'a donc pas contre le gérant l'action *negotiorum gestorum*. En d'autres termes, il est des cas où la gestion engage la responsabilité du gérant, et d'autres cas où elle ne l'engage pas. Je répare la maison de Paul, je fais ses récoltes : voilà une immixtion effective dans le patrimoine d'un tiers, immixtion qui engage ma responsabilité, car, si les récoltes sont mal faites ou les réparations effectuées dans de mauvaises conditions, Paul aura le droit de me demander compte du préjudice que lui aura causé ma gestion. J'achète une maison

(1) V. *suprà*, n° 49.

pour Pierre ou je stipule au profit de son fonds une servitude de passage : voilà des actes qui n'engagent pas ma responsabilité, mais qui n'en constituent pas moins des actes de gestion qui s'offrent à la ratification de Pierre (1). Si on veut distinguer ces deux hypothèses, en appliquant à la première le terme de *negotiorum gestio*, et à la seconde le terme de *negotiorum susceptio*, nous n'y voyons pas d'inconvénients; mais, réduite à ces proportions, l'objection n'infirme pas notre théorie des promesses et stipulations pour autrui.

Que disent en effet les auteurs qui considèrent toute stipulation pour autrui comme un acte de gestion d'affaires? Ils ne disent pas, comme on paraît le croire, que la stipulation pour autrui est toujours valable à l'égard du stipulant (2). Pour soutenir cette opinion, il faudrait faire le raisonnement suivant : tout stipulant pour autrui est un gérant d'affaires responsable, il a donc intérêt à l'exécution de la stipulation, et il doit avoir une action contre le promettant. On répondrait avec raison à cette argumentation que la stipulation pour autrui, n'étant pas une immixion dans les affaires d'un tiers, ne peut engager la responsabilité du stipulant, et que, dès lors, le stipulant est sans intérêt et sans action. Mais tel n'est pas le système que nous pré-

(1) Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de commission*, t. Ier, ch. VI, § 3, n° 167.

(2) Demolombe, *Obligations*, t. Ier, n° 240. — Colmet de Santerre, t. V, art. 1121, n° 33 *bis*, III.

sentons. Nous n'invoquons pas l'intérêt du stipulant, qui n'existe pas dans la plupart des cas; nous disons que la stipulation est valable à l'égard du tiers, sous condition de ratification. De même que tout acte de gestion d'affaires peut être ratifié par le maître, il nous semble que toute stipulation pour autrui peut être ratifiée par le tiers au nom duquel elle a été faite. En quoi cette opinion est-elle contredite par la distinction qu'on croit devoir faire entre la *negotiorum gestio* et la *negotiorum susceptio* (1)?

76. Voici maintenant la plus grosse des objections qu'on oppose à la théorie que nous venons d'exposer. Cette théorie est inconciliable, dit-on, avec le texte de l'article 1119 C. civ. Si on considère toutes les promesses et stipulations pour autrui comme des actes de gestion d'affaires, on enlève toute signification à l'article 1119, d'après lequel on ne peut, en général, s'engager ni stipuler pour autrui; or l'interprète n'a pas le droit de rayer un texte formel, pour mettre une théorie d'accord avec les principes rationnels (2).

Il est vrai que certains auteurs font assez bon marché de l'article 1119, pour éveiller les susceptibilités ne ceux qui prennent sa défense. « Les

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin (*op. cit.*, t. Ier, n° 167), distinguent la *negotiorum susceptio*, l'entreprise d'une affaire nouvelle, de la *negotiorum gestio*, la gestion d'affaires déjà commencées. Mais ils reconnaissent que, dans les deux cas, la ratification produit les mêmes effets.

(2) Laurent, t. XV, n° 557.

deux décisions de l'article 1119, dit M. Colmet de Santerre (1), doivent être considérées comme des règles abstraites, dégénérées de l'importance qu'elles avaient en droit romain, et devenues sans utilité pratique, sous l'influence des règles un peu larges du droit français en matière d'interprétation de conventions. » M. Demolombe le réduit à l'état de lettre morte, sans en témoigner plus de regret : « On se récrie, dit-il, voilà que la seconde règle de l'article 1119 devient une lettre morte, comme la première! Il se pourrait, mais, pour la seconde comme pour la première, nous répondrons qu'il ne faut ni s'étonner ni se plaindre du sort qui leur advient dans les mœurs de nos sociétés modernes. Ce sont là, de notre temps, des règles abstraites, qui ne peuvent guère s'expliquer que par l'histoire d'où elles procèdent, et qui sont bien déchues aujourd'hui de l'importance, un peu scholastique peut-être, qu'elles ont pu avoir autrefois (2). »

Pour nous, sans nous dissimuler la gravité de l'objection, nous croyons y avoir déjà répondu, en déterminant le véritable sens de l'article 1119 (3). Ses dispositions, de même que celles des articles 1120 et 1121, n'ont pas trait aux effets du contrat pour autrui dans la personne du tiers. Elles signifient uniquement que la promesse pour autrui n'oblige pas le promettant, et que la stipulation pour

(1) Colmet de Santerre, t. V, art, 1121, n° 33 *bis*, III.
(2) Demolombe, *Obligations*, t. I^er^, n° 240.
(3) V. *suprà*, n° 74.

autrui ne confère pas d'action au stipulant. Quant aux effets du contrat à l'égard du tiers, ils sont régis, comme en droit romain, par les textes relatifs à la représentation. Ainsi entendues, les dispositions de l'article 1119 ne sont pas contredites par notre théorie des promesses et stipulations pour autrui; elles en sont au contraire le complément naturel. On dira peut-être que si on leur prête ce sens, on leur fait exprimer une naïveté qu'il était inutile de consacrer dans un texte. Nous répondrons que ce sens, quelque évident qu'il soit, était celui des règles romaines « alteri nemo stipulari potest, nemo alienum factum promittere potest; » il n'est pas très étonnant que les rédacteurs du Code civil, reproduisant ces règles, ne leur aient pas attribué une portée plus étendue.

Du reste, quel que soit le sens qu'on attribue à l'article 1119, il faut bien arriver à le concilier avec les principes admis par le Code civil en matière de représentation. L'article 1375 permet, sans aucune distinction, de gérer l'affaire d'autrui. Or, si l'on envisage le contrat pour autrui sans parti pris, il nous semble impossible de ne pas lui reconnaître le caractère d'une gestion d'affaires. Il est donc permis par l'article 1375, et il ne peut être défendu par l'article 1119.

Connaissant maintenant la différence capitale qui sépare sur notre question le droit français du droit romain, nous pouvons entrer dans les détails sans craindre de nous égarer.

CHAPITRE II

Effets de la promesse pour autrui dans la personne du promettant.

77. En principe, la promesse pour autrui ne produit aucun effet dans la personne du promettant (art. 1119). Le motif de cette règle nous est déjà connu. Celui qui promet qu'un tiers donnera ou fera ne manifeste pas l'intention de s'obliger lui-même; or, comme il est de principe que les obligations ne se présument pas, on doit, jusqu'à preuve contraire, supposer que le promettant n'a pas entendu contracter une obligation personnelle. C'est bien le motif qu'invoque Pothier : « La seconde partie de ce principe, qu'on ne peut promettre que pour soi-même, est évidente : car, lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers,ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus, car, puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre et non pour moi, je

n'ai pas entendu m'obliger (1). » Les rédacteurs du Code civil n'ont fait que reproduire, sur ce point, la doctrine de Pothier, qui s'inspirait lui-même de la doctrine romaine.

Mais il arrive très souvent en fait que le promettant contracte une obligation personnelle envers le stipulant. Supposons en effet une promesse faite au nom d'un tiers par un gérant sans mandat. L'efficacité de la promesse est subordonnée à la ratification du tiers, qui reste libre de la refuser et de se soustraire ainsi à toute obligation. Dès lors, on comprend que le stipulant se contentera difficilement d'une promesse aussi aléatoire, et qu'il exigera presque toujours du promettant un engagement personnel. Grâce à cette précaution, il sera sûr d'avoir un droit d'action, soit contre le tiers s'il ratifie, soit contre le promettant si la ratification est refusée. Cette convention était déjà usitée en droit romain, puisque les textes reconnaissent la validité de la promesse *se effecturum ut Titius det* (2). En droit français, elle est spécialement prévue et réglementée par l'article 1120 C. civ. « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. » C'est là une exception plutôt apparente que réelle au premier principe de l'article 1119. Nous avons bien un pro-

(1) Pothier, *Obligations*, n° 56.
(2) V. *suprà*, n° 41.

mettant pour autrui qui est personnellement obligé par le contrat, mais l'obligation provient ici d'une promesse personnelle qui se trouve expressément ou tacitement adjointe à la promesse pour autrui (1).

§ I^er^.

Dans quels cas le promettant pour autrui contracte une obligation personnelle.

78. Si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 1120, le promettant ne serait obligé que dans le cas spécial où il s'est porté fort pour le tiers au nom duquel il a promis. Qu'est-ce que les rédacteurs du Code civil ont voulu exprimer par ce terme vague et quelque peu barbare : se porter fort? On est d'accord pour reconnaître que se porter fort, c'est promettre sous sa propre responsabilité, que le tiers fera ce dont il est question ; c'est garantir que ce tiers exécutera l'obligation contractée en son nom, ou tout au moins qu'il la fera sienne par une ratification (2). On doit évidemment assimiler à ce premier cas celui où le promettant s'engage à payer une certaine somme à titre de peine, en cas d'inexécution de la promesse (3). Par cette clause, le

(1) Laurent, *Principes*, t. XV, n° 539. Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1120, n° 1.

(2) Marcadé, sur l'art. 1120, n° 430.

(3) Pothier, *Obl.*, n° 56. — Larombière, t. I, art. 1120, n° 7. — Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 217. — Laurent, t. XV, n° 540.

promettant manifeste clairement l'intention de s'obliger, et les dommages-intérêts qu'il devra payer en cas d'inexécution de la promesse sont déterminés d'avance par les parties (1).

79. Maintenant, est-il indispensable, pour qu'une obligation personnelle naisse à la charge du promettant, qu'il déclare formellement son intention de se porter fort pour le tiers? En droit romain, cette déclaration formelle n'était exigée que dans les contrats de droit strict, et à raison des règles rigoureuses qui en régissaient l'interprétation. Dans les contrats de bonne foi, l'intention des parties pouvait se manifester sous une forme quelconque, et même s'induire des circonstances. A plus forte raison doit-il en être de même dans notre droit où tous les contrats sont de bonne foi, et où le respect de la volonté des parties est la première de toutes les règles d'interprétation (art. 1156). « On présume facilement, dit Pothier, que celui qui a promis qu'un tiers ferait ou donnerait quelque chose n'a pas entendu *pure de alio promittere*, mais qu'il a entendu aussi promettre *de se*, qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé (2). » Il est en effet des circonstances qui ne peuvent laisser aucun doute sur l'intention

(1) Cela répond à l'objection que l'on tire de l'art. 1227, aux termes duquel la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. On répond d'ordinaire que la clause pénale a pour effet de valider l'engagement pris au nom du tiers, mais ce motif n'est pas exact.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 56.

du promettant. Vendant une maison, je promets à l'acheteur que mon voisin abattra des arbres qui gênent la vue : il est naturel de penser que je n'ai pas eu l'intention de faire une simple promesse pour autrui, mais que j'ai pris en même temps l'engagement personnel de procurer l'abatage des arbres, ou d'indemniser l'acheteur si mon voisin refuse d'exécuter le fait promis. C'est là une question d'interprétation qui doit être abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

80. Il semblerait logique d'ajouter que les tribunaux ne peuvent exercer leur pouvoir d'appréciation qu'en se conformant aux principes généraux. Cependant un grand nombre d'auteurs déclarent que, dans tous les cas de promesse pour autrui, on doit présumer une obligation personnelle à la charge du promettant (1). Dans ce système, ce n'est plus le stipulant, le demandeur, qui est tenu de faire la preuve du droit qu'il invoque, c'est le promettant, le défendeur, qui est tenu de prouver qu'il ne doit pas. Sachant que Paul veut vendre sa maison, je vous la vends pendant son absence, sans déclarer que je me porte fort de sa ratification; d'après l'opinion presque unanime, je dois être condamné à payer des dommages-intérêts, si Paul n'exécute pas le marché, à moins que je ne prouve que notre

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 216. — Larombière, t. I, art. 1120, n° 2. — Marcadé, art. 1119, n° 1. — Colmet de Santerre, t. V, n° 31 *bis*, III. — En sens contraire : Laurent, t. XV, n° 533. — Duranton, t. X, p. 207, n° 209. — Aubry et Rau, t. IV, p. 306, note 4.

commune intention n'a pas été de m'imposer une obligation personnelle. N'est-ce pas la négation formelle de ce principe fondamental, en vertu duquel les obligations ne se présument pas? Pothier, usant d'une expression peut-être un peu risquée, disait qu'on *présume facilement* que celui qui a promis pour autrui a entendu aussi promettre *de se*, mais il ne disait pas qu'on *présume toujours* une obligation à la charge du promettant. Or, entre ces deux expressions, il y a une différence essentielle : nous avons reconnu que, très souvent, l'obligation existerait et serait facile à prouver, mais il nous semble impossible d'admettre que les juges aient le pouvoir de la tenir pour existante jusqu'à preuve contraire.

La même opinion est soutenue par quelques romanistes à propos de la règle « nemo alienum factum promittere potest » (1). Dans les contrats de bonne foi, dit-on, la règle se réduit à dire que l'obligation ne se forme qu'autant que le promettant a l'intention sérieuse de s'obliger lui-même, et cette intention se présume toujours, parce qu'il est naturel de suivre l'interprétation qui donne un sens à l'acte plutôt que celle qui le rend inutile (2). C'est bien le raisonnement qu'on reproduit en droit français. « De deux choses l'une, dit M. Demolombe (3). Ou votre promesse du fait d'un

(1) V. *suprà*. n° 44.
(2) Accarias, *Précis*, t. II, n° 519.
(3) Demolombe, *Obligations*, t. I^er^, n° 216.

tiers n'est qu'un propos vague de conversation, ou une simple recommandation, ou un avis qui n'a pas revêtu le caractère ni la physionomie d'un contrat; et alors il est clair que vous n'êtes pas obligé; ou, au contraire, cette promesse apparaît avec la physionomie et le caractère d'un contrat, et alors, en vérité, il est bien impossible de dire que ce contrat ne vous oblige pas! » En droit romain, nous avons démontré que ce raisonnement se heurtait à la règle « nemo alienum factum promittere potest », mais il nous paraît bien moins concluant encore en droit français. A Rome, en effet, la représentation étant interdite, les parties savaient que la promesse ne pourrait dans aucun cas obliger le tiers, et, si elles voulaient faire un contrat sérieux, il fallait bien que le promettant consentît à s'obliger lui-même. Dans notre droit, au contraire, personne ne conteste que la promesse puisse être obligatoire à l'égard du tiers, s'il la ratifie; dès lors, comment peut-on dire que cette promesse ne revêt pas la physionomie d'un contrat et n'est qu'un propos vague de conversation? Voici un mandataire qui, dépassant les limites de ses pouvoirs, fait une promesse au nom de son mandant : peut-on dire que, s'il n'a pas entendu s'obliger lui-même, il s'est borné à donner un simple avis, sans intention sérieuse? Non, il a promis au nom d'un tiers, dans le but de faire naître une obligation sur la tête d'un tiers, et sa promesse, une fois ratifiée, doit avoir les mêmes effets que si le tiers avait promis lui-

même : c'est là un véritable contrat qui est soumis à une condition suspensive, et nous ne pensons pas qu'on puisse voir dans un contrat conditionnel, un simple propos de conversation. On ne peut donc invoquer l'article 1157 C. civ. à l'appui du système que nous combattons. Pour que cet article fût applicable, il faudrait que la promesse fût susceptible de deux sens, l'un devant l'annuler, et l'autre lui donner effet. Or, cette alternative n'existe pas. La promesse, quelque sens qu'on lui donne, est toujours obligatoire, soit pour le promettant et le tiers, si le promettant a contracté une obligation personnelle, soit pour le tiers, sous condition de ratification, dans le cas contraire. Il faut en conclure que l'article 1157 est inapplicable et que le contrat doit être interprété conformément aux principes généraux.

Remarquons, en terminant sur cette controverse, que le texte de l'article 1119 contredit formellement le système que nous avons combattu. De l'aveu de tout le monde, la première disposition de cet article signifie que celui qui promet pour autrui ne s'oblige pas lui-même. Or, si l'on décide que toute promesse pour autrui implique virtuellement une obligation personnelle à la charge du promettant, il est bien clair qu'on enlève par là toute application et même toute signification à cette première partie du texte. Ce résultat est si évident, que les auteurs ne cherchent pas à expliquer la contradiction. « On se récrie, dit M. Demolombe :

Voilà l'article 1119 réduit à une lettre morte, et tout à fait absorbé par l'article 1120! Il est vrai; mais au point où nous en sommes de l'explication de cette théorie, nous pensons qu'on ne doit ni s'en étonner, ni s'en plaindre (1). »

81. Nous ne saurions avoir la prétention de passer en revue les hypothèses infiniment variées dans lesquelles la convention de porte-fort reçoit application. Il faudrait parcourir tous les cas de promesse pour autrui, car, toutes les fois qu'un gérant sans mandat promet au nom d'un tiers, il est avantageux pour le stipulant d'avoir un recours assuré contre le promettant, et, le plus souvent, il faudra lui assurer ce recours pour le décider à contracter. On comprend, dès lors, à quelle multitude d'applications pratiques peut servir la convention de porte-fort.

En voici une qui se présente fréquemment. Lorsqu'un immeuble appartient à plusieurs copropriétaires, cohéritiers ou communistes, il peut se faire que pendant l'absence de l'un d'eux, une occasion favorable se présente de vendre ou de louer l'immeuble. Comment réaliser l'opération en l'absence de l'un des intéressés? Ceux qui sont présents font le contrat pour eux-mêmes et pour l'absent, en se portant fort de sa ratification. L'acheteur ou le locataire consentira facilement à traiter sur ces

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 216.

bases, parce qu'en outre de son droit conditionnel contre l'absent, il aura un recours dès à présent assuré contre ceux qui ont contracté l'obligation personnelle de procurer sa ratification (1).

A un autre point de vue, la convention de porte-fort rend de grands services en pratique : on peut, en effet, se porter fort pour un incapable, en promettant qu'il ratifiera aussitôt qu'il aura pleine capacité. On peut ainsi accomplir en son nom des actes que la loi soumet à des formalités lentes et coûteuses. Supposons un mineur ayant un immeuble qu'il est indispensable de vendre; le tuteur ou les parents vendront en son nom, et, pour rassurer l'acheteur contre les chances de non-ratification, ils pourront s'engager personnellement à procurer la ratification du mineur au moment de sa majorité. Cette pratique, très souvent utile, est irréprochable en droit, mais en fait, elle n'échappe pas à toute critique. Certains auteurs (2) font remarquer avec raison que, si le mineur n'est pas engagé sans sa ratification, bien des considérations peuvent influer sur sa décision, au moment de sa majorité. En droit, sa situation n'est pas compromise, mais il ratifiera souvent le contrat fait en son nom, pour ne pas laisser ses proches, son tuteur, son père

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 219. — *Traité de l'absence*, n° 18. — Colmet de Santerre, t. V, n° 31 *bis*, II.

(2) Colm. de Santerre, t. V, *ibid.* — Demolombe, *ibid.*, *Traité de la minorité*, t. I, n° 738. — Cass., 29 mars 1852. Sir. 1852, 1. 385.

peut-être, exposés à une condamnation en dommages-intérêts.

Ces applications ne sont évidemment citées qu'à titre d'exemples, car on peut se porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits susceptibles de servir d'objet à une convention.

§ 2.

De la nature et de l'étendue de l'obligation du promettant.

82. Lorsque le promettant pour autrui s'engage lui-même, il contracte une obligation de faire, puisqu'il promet de procurer la ratification du tiers. Cette obligation, comme toute obligation de faire, doit se résoudre en dommages-intérêts, si elle n'est pas exécutée, et le promettant n'est libéré que par la ratification (1). Aussi, dans notre droit, il ne reste plus trace de la controverse qui divisait les anciens commentateurs du droit romain sur l'étendue de l'obligation contractée par le promettant pour autrui ; alors même qu'il aurait fait tout ce qu'il lui était possible de faire pour amener le tiers à ratifier, il n'en est pas moins tenu de payer des dommages-intérêts, s'il n'a pas réussi.

L'obligation du promettant pour autrui se distingue par là très nettement de l'obligation contractée par la caution. Celui qui s'engage en qualité

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I[er], n° 220. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 543. — Colmet de Santerre, t. V, art. 1120, 31 *bis*, I.

de caution contracte exactement la même obligation que le débiteur principal ; les deux dettes ont le même objet, et la dette accessoire ne sera éteinte que si l'obligation principale cesse d'exister. Le promettant pour autrui, au contraire, lorsqu'il s'est porté fort de la ratification du tiers, a contracté une obligation de faire, complètement distincte de celle que le tiers pourra prendre pour lui, s'il ratifie. Je vous vends la maison de Paul, en me portant fort de sa ratification : quel est l'objet des deux obligations ? L'obligation de Paul, celle qu'il pourra faire sienne par une ratification, c'est de vous livrer sa maison, moyennant un prix déterminé. Quant à moi, je vous ai promis la ratification de Paul, je suis tenu de vous la procurer, ou de vous indemniser du préjudice que vous cause le défaut de ratification. Si Paul ratifie, je suis libéré ; s'il refuse de ratifier, je serai condamné à payer des dommages-intérêts.

83. Telle est la nature de l'obligation contractée par le promettant. Quant à son étendue, elle varie suivant les cas et d'après l'intention des parties, toujours souveraine en matière de conventions. Quelquefois, le promettant s'engage uniquement à procurer la ratification du tiers au nom duquel il a promis : c'est la convention de porte-fort, telle qu'elle est définie par l'article 1120. D'autres fois, il entend garantir, non seulement la ratification, mais même l'exécution effective de la promesse

faite au nom d'un tiers. Si le promettant se borne à promettre la ratification, il doit être libéré dès que cette ratification est intervenue, pourvu toutefois qu'elle soit valablement accomplie (1). S'il a promis l'exécution de la promesse, il ne doit être libéré que par cette exécution, et il peut même être tenu de garantir les évictions qui pourraient se produire postérieurement. En résumé, l'étendue comme l'existence de l'obligation du promettant sont des questions qui dépendent uniquement de la volonté des parties, et qui, par suite, sont abandonnées à la souveraine appréciation des tribunaux.

83. Ces principes posés, nous sommes en mesure de prendre parti dans certaines controverses qui naissent à propos de l'obligation contractée par le promettant pour autrui. Elles tiennent toutes, soit à la nature, soit à l'étendue de cette obligation.

84. On discute la question de savoir si, la promesse n'étant pas ratifiée, le promettant peut être condamné à l'exécuter lui-même. Certains auteurs soutiennent que le promettant pour autrui qui s'est porté fort a contracté l'engagement alternatif, ou d'indemniser le stipulant si le tiers refuse de ratifier, ou d'exécuter lui-même si la chose est en son pouvoir (2). Ils en concluent naturellement qu'il

(1) Larombière. *Obigations*, t.I, art. 1120, n° 4.

(2) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. I, n^{os} 209 et s.— Toullier, t. VIII, n° 170.

peut être condamné à exécuter le fait promis au nom d'un tiers. Ils réservent toutefois le cas où l'obligation contractée au nom d'un tiers est de telle nature qu'elle ne peut être exécutée que par lui seul, par exemple, quand j'ai promis au nom d'un peintre de talent qu'il ferait votre portrait; dans ce cas, en effet, il serait impossible de m'obliger à exécuter un fait qui n'est pas en mon pouvoir (1). La jurisprudence a consacré ce système dans un grand nombre d'arrêts (2).

Avant d'examiner la valeur du système, il faut rappeler qu'en ces matières, la volonté des parties est souveraine. Par conséquent, si elles ont entendu imposer au promettant l'engagement alternatif dont il est question, rien n'empêche les juges de le condamner à exécuter le fait promis. De même, si le promettant avait promis de payer une certaine somme à titre de peine, pour le cas où la promesse faite au nom du tiers ne serait pas exécutée ou ratifiée, les juges devraient s'en tenir à cette évaluation des dommages-intérêts, faite par les parties elles-mêmes (3). La question ne se pose donc en réalité que lorsque les contractants ont gardé le silence et que les circonstances ne révèlent pas leur intention (4).

(1) Championnière et Rigaud, *op. cit.*, n° 207.

(2) Limoges, 10 août 1850. Sir., 1852, II, p. 385. Dans les observations à la suite de cet arrêt, M. Devilleneuve résume la théorie générale adoptée par la jurisprudence.

(3) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 222.

(4) En fait, le promettant pour autrui, s'il se porte fort de la ratification du tiers, contractera très souvent cet engagement

Quand le promettant pour autrui s'est borné à promettre la ratification du tiers, il ne nous paraît pas exact de dire qu'il a contracté l'engagement alternatif, soit d'indemniser le stipulant, soit d'exécuter lui-même le fait promis. Ce n'est point une obligation alternative qu'il a contractée, c'est une obligation de faire qui, à défaut de ratification, doit nécessairement se transformer en une obligation de payer des dommages-intérêts (1). Telle est la nature exacte de l'obligation du promettant; mais, cela dit pour rétablir les principes dans leur intégrité, nous arrivons par une autre voie à la même conclusion que le système adopté par la jurisprudence. Le promettant, en effet, doit procurer la ratification, ou payer des dommages-intérêts. Or ces dommages-intérêts devront-ils nécessairement consister en une somme d'argent? Nous ne le croyons pas. Le but que poursuit le juge dans leur évaluation, c'est d'indemniser complètement le stipulant du préjudice qui lui est causé, c'est-à-dire de le mettre autant que possible dans la même situation que si l'obligation avait été exécutée. Presque toujours, le meilleur moyen de lui procurer une situation également avantageuse, sera précisément de

alternatif. Dans ce cas, le contrat contient, sous une alternative, une promesse pour autrui et une promesse pour soi-même. Nous trouverons d'intéressantes applications de la même idée en matière de remploi, et en matière de vente avec déclaration de command.

(1) Laurent, *Principes*, t. XV, n° 544. — Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, texte, 1, note 10.

faire exécuter l'obligation par le promettant, au moins quand la nature du fait promis n'y répugnera pas. Voilà une solution qui nous paraît inattaquable au point de vue des principes, et qui donne pleine et entière satisfaction aux intérêts des parties (1).

85. On se demande, à l'inverse, si le promettant pour autrui qui s'est porté fort peut, tant que le tiers n'a pas ratifié, se substituer à lui et prendre l'opération pour son compte. La jurisprudence adopte l'affirmative, et justifie cette décision, comme la précédente, en disant que le promettant a contracté un engagement alternatif (2).

Rappelons, comme tout à l'heure, que la volonté des parties est souveraine. Si le promettant et le stipulant sont d'accord pour opérer cette substitution, ils en ont certainement le pouvoir, sans que le tiers ait le droit de s'en plaindre. Le tiers ne devait

(1) Demolombe, *Oblig.*, I, n° 224.

(2) Limoges, 10 août 1850. — Sir., 1852, II, p. 385.— Bordeaux, 21 juillet 1827. — Sirey, 1827, II, 174. — Toulouse, 27 juin 1839. — Sirey, 1840, II, p. 110.— Rouen, 15 décembre 1848. — Sirey, 1850, II, p. 276. « Il résulte, dit M. Devilleneuve, de l'ensemble de divers arrêts rendus en cette matière, qu'en acquérant pour un tiers, le porte-fort acquiert pour lui-même, et que tant que le tiers n'a pas ratifié ou déclaré vouloir profiter de l'acquisition faite pour lui, le porte-fort reste propriétaire de la chose, tellement que s'il en dispose avant que le tiers ait déclaré vouloir la prendre pour son compte, ce tiers est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur cette chose, et ne peut plus la revendiquer dans les mains de ceux à qui le porte-fort en a transmis la propriété.» (Note sur Limoges 1850, Sir., 1882, II, p. 385.)

pas s'attendre au contrat qui s'offre à sa ratification, et, tant qu'il ne s'est pas prononcé, les contractants demeurent libres de le supprimer ou de le modifier. La même substitution pourrait également s'opérer, si, lors de la formation du contrat, il avait été convenu entre les contractants que le promettant pourrait, à son gré, avant la ratification, prendre l'opération pour son compte. Dans ce cas, le contrat contiendrait, sans une alternative, une promesse pour autrui et une promesse pour soi-même. Si le tiers ratifiait, la promesse pour autrui serait validée rétroactivement; s'il ne ratifiait pas, ou si le promettant prenait l'opération pour son compte avant la ratification, la promesse pour autrui tomberait, mais le promettant serait censé avoir uniquement contracté pour lui-même, et resterait seul débiteur. C'est une question d'interprétation. Mais, si les parties ont gardé le silence et si les circonstances ne révèlent pas leur intention, on ne peut pas, croyons-nous, présumer qu'elles ont voulu faire cette promesse alternative, ni par conséquent autoriser le promettant à prendre l'opération pour son compte, sans le consentement du stipulant.

Pour justifier cette solution et réfuter celle que la jurisprudence croit devoir adopter, il suffit d'analyser la convention faite par les parties. Si le promettant pour autrui se borne à promettre la ratification du tiers, il ne fait pas le contrat pour lui-même. « Le porte-fort n'entend ni être obligé par

le contrat ni en profiter. Le contrat qu'il offre (1) au tiers est pour lui chose étrangère, il n'y est intéressé que par la promesse qu'il fait d'en procurer la ratification. Est-ce une vente? Il n'entend pas être acheteur, ni vendeur, il promet de faire ratifier la vente par le tiers. Voilà tout. Supposer d'autres intentions au porte-fort, c'est transformer complètement la promesse du fait d'un tiers, car cette promesse devient une stipulation que le promettant fait pour lui ; or il n'a pas stipulé, il a promis; il n'est pas créancier, il est débiteur (2). » Quant au stipulant, il ne considère pas le promettant comme devant être son débiteur direct, son acheteur s'il s'agit d'une vente; c'est au tiers qu'il veut vendre, c'est le tiers qu'il considère comme devant lui payer le prix ; le promettant n'est pour lui qu'un débiteur subsidiaire qui devra l'indemniser, si le tiers ne ratifie pas l'achat fait en son nom. Tels sont les principes, mais tout cela peut être modifié par la volonté des parties, et, en pratique, les modifications sont peut-être plus fréquentes que la règle elle-même.

86. Un cas analogue a soulevé quelques difficul-

(1) Ce n'est pas une offre que le promettant fait au tiers, c'est un acte de gestion d'affaires qu'il fait en son nom, mais cette inexactitude n'infirme pas l'analyse, très exacte, de la volonté du promettant.

(2) Laurent, *Principes*, t. XV, n° 545. — Demolombe, *Obl.* t. I, n° 226. — En sens inverse, Aubry et Rau, § 343 *ter*, texte 1, note 11.

tés : c'est celui où la personne qui se porte fort est en même temps partie au contrat, en son propre nom. Ayant un copropriétaire absent ou mineur, je vends la chose commune, en me portant fort que, pour sa part, il ratifiera la vente. Puis-je demander l'exécution du contrat tout entier? L'acheteur doit-il payer intégralement son prix? S'il ne paie pas, puis-je demander la résolution de la vente? Autant de questions qui ont soulevé des controverses.

La jurisprudence les a tranchées, en invoquant toujours la même idée d'un engagement alternatif contracté par le promettant qui s'est porté fort de la ratification du tiers. Je peux exiger l'exécution du contrat tout entier, parce que je peux prendre pour mon compte l'opération faite au nom de mon copropriétaire. Je puis exiger le paiement du prix, et, à défaut de paiement, demander la résolution de la vente, parce que je peux me considérer, à mon gré, comme seul et unique vendeur (1).

Nous avons déjà démontré l'inexactitude de ce raisonnement (2), mais, ici encore, les solutions adoptées par la jurisprudence se trouvent justifiées par d'autres motifs. Lorsque je vends à la fois en mon propre nom et au nom de mon copropriétaire, en me portant fort de sa ratification, il est certain que je puis exiger le paiement intégral du prix, même avant la ratification. Quel motif, en effet, pourrait invoquer l'acheteur pour se sous-

(1) *Cass.*, 25 mai 1852. — Sirey, 1852, II, 516.
(2) V. *suprà*, n° 84.

traire à son obligation de payer le prix convenu? Il pourrait dire que, pour la moitié de la chose appartenant à mon copropriétaire, j'ai vendu la chose d'autrui, qu'il a juste crainte de subir une éviction, si mon copropriétaire se refuse à ratifier la vente faite en mon nom, et que, dès lors, il peut invoquer l'article 1653, aux termes duquel l'acheteur qui a juste sujet de craindre d'être troublé par une action en revendication, peut suspendre le paiement du prix. A cette argumentation, je répondrais victorieusement que l'article 1653 n'accorde cette faculté à l'acheteur qu'autant qu'il n'a pas été stipulé dans le contrat que le prix serait payable, nonobstant le trouble. Or, dans notre espèce, le contrat contient implicitement cette convention. L'acheteur connaissait ma situation, puisque j'ai promis de procurer la ratification de mon copropriétaire; il savait qu'il s'exposait à une action en revendication, dans le cas où la ratification serait refusée; s'il a passé outre, c'est à ses risques et périls, et en s'engageant implicitement à payer le prix, nonobstant le trouble qui le menace. Par conséquent, il devra être condamné à payer le prix intégralement. Si, plus tard, le copropriétaire ne ratifie pas et revendique, il faudra condamner le promettant qui s'est porté fort à des dommages-intérêts pour inexécution de son obligation (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, texte 1, note 12. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1120, n° 4.

CHAPITRE III

Effets de la stipulation pour autrui dans la personne du stipulant.

87. Celui qui stipule pour un tiers ne devient pas lui-même créancier (art. 1119). Les motifs de cette règle sont déjà connus, et nous n'avons qu'à les rappeler brièvement (1). Le stipulant pour autrui ne devient pas créancier, parce qu'il a l'intention d'acquérir la créance à un autre et non pas à lui-même. D'autre part, pour avoir une action, il faut un intérêt, et le stipulant pour autrui n'a généralement pas d'intérêt pécuniaire à ce que la stipulation soit exécutée à l'égard du tiers. En principe donc, la stipulation pour autrui ne produit aucun effet dans la personne du stipulant (2). Nous allons passer en revue les exceptions qu'il convient d'apporter à ce principe, mais nous constaterons que, dans tous les cas où le stipulant peut exiger l'exécution de la stipulation pour autrui, c'est par suite

(1) V. *suprà*, n° 48.

(2) Pothier, citant Grotius et Puffendorf (*Obligations*, n° 55), déclare que, dans le for intérieur, le promettant est obligé envers le stipulant. Dans notre système, cette opinion ne peut évidemment être soutenue, puisque le stipulant n'a pas voulu devenir créancier.

de circonstances particulières, indépendantes de la stipulation elle-même, ou par l'effet d'un autre contrat sur lequel elle est, pour ainsi dire, greffée.

Article 1er. — Le stipulant est intéressé a l'exécution de la stipulation.

88. Quand le stipulant est intéressé à l'exécution de la stipulation pour autrui, le motif qui l'empêche d'agir disparaît, et il a une action contre le promettant. Du reste, il est bien entendu que l'intérêt dont il est ici question doit être un intérêt appréciable en argent. Nous avons signalé en droit romain quelques décisions exceptionnelles, dans lesquelles un simple intérêt d'affection suffisait pour conférer une action au stipulant (1); mais ces exceptions, justifiées par des situations disparues, ne se retrouvent plus dans notre droit. Sous l'empire du Code civil, le stipulant pour autrui ne pourrait prétendre à une action, sous prétexte qu'il est le frère ou le père, ou le mari de celui ou celle pour qui il a stipulé, à moins toutefois qu'il ne trouvât dans son titre de père ou de mari un mandat légal qui le rendrait responsable de sa gestion. C'est donc à tort que Toullier déclarait valable la stipulation faite par le père pour ses enfants, par ce motif « que le père et la mère sont regardés comme les mandataires légaux de leurs enfants ». « Cette pro-

(1) V. *suprà*, nº 54.

position, dit son annotateur Duvergier, est vraie à l'égard du père, administrateur légal de ses enfants mineurs, ou même des père et mère, lorsqu'il s'agit d'accepter une donation, qui est faite à ces derniers, encore mineurs (art. 389 et 935). A part ces dispositions, je ne connais aucun texte, qui constitue les père et mère mandataires légaux de leurs enfants (1). » Si les père et mère se trouvent dans un des cas de mandat légal, ils peuvent avoir un intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation faite pour leur enfant mineur, parce qu'ils sont responsables de leur gestion, mais, en dehors de ces cas, ils n'ont en général qu'un simple intérêt d'affection. A Rome, au contraire, le père de famille avait presque toujours un intérêt pécuniaire à l'exécution des stipulations faites pour ses enfants en puissance, mais par un autre motif : ayant seul un patrimoine, il devait seul bénéficier du contrat.

89. Quand la stipulation pour autrui intéresse directement le stipulant, elle n'a souvent que l'apparence d'un contrat pour autrui, et constitue en réalité un contrat pour soi-même (2). Supposons, par exemple, qu'achetant dans une ville un terrain à bâtir, j'ai stipulé du vendeur qu'il céderait à la ville, moyennant un prix déterminé entre nous, le

(1) Duvergier sur Toullier, t. III, n° 155, note *a*. — Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 211. — Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, note 17.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 58.

terrain nécessaire à l'établissement de la rue : ai-je stipulé pour la ville, dans le but de lui acquérir un droit, ou bien ai-je simplement stipulé pour moi-même ? C'est une question d'interprétation ; mais, comme j'ai un intérêt pécuniaire évident à faciliter des travaux qui peuvent donner à mon terrain une plus-value considérable, on supposera facilement que j'ai entendu contracter dans mon propre intérêt, faire ma propre affaire. S'il était prouvé que j'ai voulu conférer à la ville le droit de se faire mettre en possession du terrain, il y aurait une stipulation pour autrui s'offrant à la ratification du tiers, mais j'aurais droit à une action, à raison de mon intérêt (1). Dans tous les cas analogues, la question d'interprétation se pose et doit être souverainement résolue par les tribunaux.

90. Il est impossible d'énumérer tous les cas dans lesquels le stipulant est intéressé à l'exécution de la stipulation, et on ne peut que citer des exemples. Un débiteur stipule une certaine somme pour son créancier ; il est intéressé à l'exécution de la stipulation, car il peut arrêter ainsi des poursuites imminentes ou éviter la vente d'un immeuble hypothéqué (2). Je stipule pour mon fermier ou pour mon mandataire, dans le but de leur procurer l'argent nécessaire à leur opérations : mon intérêt apparaît également d'une manière évidente. Enfin

(1) Caen, 14 novembre 1847. — Sirey, 1848, II, 716.
(2) Pothier, *Obl.*, n° 58.

si je suis mandataire ou tuteur, je puis être intéressé à l'exécution des stipulations faites pour mon mandant ou mon pupille, parce que je suis responsable de ma gestion (1).

91. La question devient plus délicate, si on suppose un gérant d'affaires stipulant pour le maître. Comme le dit M. Demolombe, il existe entre la théorie de la gestion d'affaires et la théorie des stipulations pour autrui « une sorte de combat, dans lequel cette dernière a déjà reçu de rudes échecs, et où il se pourrait bien peut-être qu'elle finît par succomber (2). » Cependant, pour ce qui concerne l'intérêt du stipulant, les principes nous conduisent à des solutions qui ne nous paraissent pas pouvoir être douteuses.

S'il s'agit d'une stipulation faite au cours d'une gestion commencée, il est bien évident que le stipulant peut avoir un intérêt pécuniaire à son exécution. « J'exploitais, en qualité de gérant d'affaires, le domaine de Paul qui est absent ; j'avais déjà labouré les terres, fait les récoltes, lorsque l'un des bâtiments étant endommagé, je stipule de Pierre qu'il le réparera. » Étant responsable de ma gestion, que je suis tenu de mener à bonne fin, je suis exposé à un recours de la part du maître, et j'ai un intérêt pécuniaire à l'exécution du contrat (3).

(1) Demolombe, *Obl.*, t. I, n° 235. — Larombière, 1, art. 1119, n° 8.

(2) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 236.

(3) Demolombe, *ibid.*, n° 237.

S'agit-il au contraire d'une stipulation isolée, faite sans mandat pour un tiers ; il y a bien une gestion d'affaires, mais l'intérêt du stipulant n'apparaît pas, au moins en principe. Le maître, en effet, n'a pas le droit de recourir contre le gérant, en cas d'inexécution du contrat. Il n'y a pas eu ingérence dans ses affaires ; son patrimoine est intact, et la stipulation faite en son nom constitue simplement un avantage qu'il peut s'approprier par une ratification, mais auquel il n'avait pas le droit de s'attendre. Par conséquent, le stipulant n'est pas exposé à l'action *negotiorum gestorum* ; il est dans la situation d'un *negotiorum susceptor*, pour employer un terme dont on abuse quelquefois, mais qui peut servir à caractériser exactement son rôle ; il n'a donc pas d'intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation (1).

Pothier ne semble pas avoir une vue très nette de la différence qui existe entre ces deux situations : « Quand même, dit-il (2), avant le marché que j'ai fait pour la reconstruction de la maison de Jacques, je n'aurais pas été obligé envers Jacques à lui reconstruire sa maison, et que je n'aurais eu par conséquent aucun intérêt personnel à cette reconstruction ; néanmoins, comme par ce marché que j'ai fait, je gère les affaires de Jacques, et que je deviens en conséquence comptable de cette gestion dans le temps même de la convention que j'ai

(1) V. *suprà*, n° 75.
(2) Pothier, *Obligations*, n° 59.

avec le maçon pour la reconstruction de la maison, je commence à avoir un intérêt à cette reconstruction dont je suis comptable envers Jacques : d'où il suit que, même en ce cas, je suis censé stipuler plutôt pour moi que pour Jacques, et que la convention est valable, puisque j'ai un intérêt personnel que le maçon fasse bien ce que j'ai stipulé qu'il fît. » On voit tout de suite par où pèche le raisonnement du grand jurisconsulte. La convention est valable sans doute, elle constitue bien une gestion d'affaires, mais elle n'engage pas la responsabilité du gérant, au moins tant que les travaux de reconstruction ne sont pas commencés. Jacques ne pourrait poursuivre le stipulant, par cela seul que le maçon n'exécuterait pas les travaux qu'il a promis de faire. Par suite, le stipulant n'a pas d'intérêt pécuniaire, et ne peut exiger lui-même l'exécution du contrat (1).

Dans le numéro suivant, Pothier adopte la solution contraire ; mais on ne voit pas bien quel est le motif déterminant de ce changement d'opinion : « Par exemple, dit-il, si par un pur intérêt d'affection pour Jacques, j'ai convention avec le propriétaire de la maison qui est vis-à-vis les fenêtres de Jacques, qu'il fera blanchir le devant de sa maison pour éclairer les chambres de Jacques, cette con-

(1) Si les travaux étaient commencés, le stipulant serait responsable de leur exécution. De même, si en stipulant la réparation de la maison de Jacques, le stipulant avait empêché quelqu'un de faire son affaire, il serait responsable et aurait une créance éventuelle contre le promettant.

vention ne donnera aucun droit ni à Jacques qui n'y était pas partie, ni à moi qui, n'ayant aucun intérêt personnel et appréciable à prix d'argent, à l'exécution de cette convention, ne puis prétendre aucuns dommages et intérêts résultant de son inexécution (1). » Il est bien certain que, dans cette hypothèse comme dans la précédente, le stipulant n'a aucun intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation, mais il est difficile de comprendre pourquoi la stipulation n'est pas considérée comme une gestion d'affaire, alors que dans l'hypothèse précédente, on lui reconnaissait ce caractère. « Pourquoi, dit l'annotateur de Pothier, ne pas dire que par le fait même de cette convention, j'ai géré les affaires de Jacques (2) ? »

On doit nécessairement aboutir à ces contradictions, si on part, comme Pothier, de l'idée que les stipulations pour autrui sont nulles, tant à l'égard du tiers qu'à l'égard du stipulant. Le principe étant contraire à la liberté des conventions, on cherche à en atténuer les conséquences, mais on ne peut y réussir qu'aux dépens de la logique.

Article II. — La stipulation pour autrui est liée a un autre contrat.

92. Quelquefois, le stipulant peut exiger indirectement l'exécution de la stipulation pour autrui,

(1) Pothier, *Obligations*, n° 60.
(2) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 35, note 3.

parce qu'elle se trouve liée à un autre contrat qui lui confère un moyen indirect de coërcition. C'est ce qui arrive quand la stipulation pour autrui est la condition ou le mode d'un contrat pour soi-même. Pothier consacre un paragraphe de son traité à ces deux hypothèses (1), et l'article 1121 C. civ. les prévoit en ces termes : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Avant d'étudier ce texte, qui soulève quelques difficultés graves, il est bon de rappeler qu'il se rapporte uniquement, comme l'article 1119, aux effets de la stipulation pour autrui dans la personne du stipulant (2). L'article 1119 pose en principe que celui qui stipule pour autrui ne devient pas lui-même créancier; l'article 1121 apporte à ce principe deux exceptions, que nous allons étudier séparément.

§ 1er

Stipulation pour autrui à titre de condition.

93. Voici comment Pothier formule cette première hypothèse : « Je peux utilement stipuler que si, dans un tel temps, vous ne faites pas présent à

(1) Pothier, *Obligations*, § 3, art. 5, sect. I, ch. 1er.
(2) V. *suprà*, n° 74.

Jacques du *Thesaurus* de Meerman, vous me paierez 20 pistoles pour le pot-de-vin d'un marché que nous faisons ensemble (1). » On admet généralement que l'article 1121 se réfère à cette première hypothèse dans les mots « lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (2). » L'exemple cité par Pothier ne serait peut-être pas très pratique de nos jours, mais le principe reste vrai. Je stipule de Paul, architecte, que, s'il ne répare pas la maison de Pierre, il me paiera une somme de 1,000 francs : je deviens créancier de 1,000 francs sous une condition potestative de la part de Paul (3). Au lieu d'être *in conditione*, la réparation de la maison pourrait être *in stipulatione* : je stipule de Paul qu'il réparera la maison de Pierre, et que, s'il n'exécute pas le travail dans un temps donné, il me paiera 1,000 francs. Dans ce cas, l'effet du contrat est le même pour moi, mais il contient en outre une stipulation pour autrui qui s'offre à la ratification de Pierre. On pourrait objecter que, la stipulation principale étant nulle, la clause pénale, qui n'en est que l'accessoire, ne peut prendre naissance (art. 1227)(4). A cette objection, nous croyons pouvoir faire deux réponses péremptoires. D'abord,

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 231.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 70.

(3) Dans ce cas, il n'y a pas de stipulation pour autrui, s'offrant à la ratification de Paul. — Demolombe, *ibid.*, n° 258. Colmet de Santerre, t. V, art. 1121, n° 33 *bis*, IV. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1121, n°s 2 et 12.

(4) Aubry et Rau, t. IV, § 309, texte et note 3.

il n'est pas vrai de dire que la stipulation principale est nulle ; elle est valable au contraire, mais soumise à la condition suspensive de la ratification du tiers. Du reste, la stipulation pénale n'est pas ici une clause accessoire d'un contrat principal, mais une stipulation conditionnelle, qui vit par elle-même, et ne peut être infirmée que par les vices qui lui sont propres.

94. En quoi ces décisions dérogent-elles à l'article 1119 et au principe en vertu duquel la stipulation pour autrui ne produit pas d'effet dans la personne du stipulant? Quand je stipule de Paul qu'il réparera la maison de Pierre et qu'en cas d'inexécution dans un certain délai, il me versera 1,000 francs, je ne deviens pas créancier de l'avantage stipulé pour Pierre, je n'acquiers pas le droit d'exiger de Paul la stipulation de la maison. Seulement, comme j'ai droit à la somme de 1,000 fr. si Paul n'exécute pas la stipulation, j'ai contre lui un moyen indirect de coercition qui peut l'amener à exécuter.

D'après M. Demolombe (1), ces décisions ne seraient qu'une application du principe en vertu duquel le stipulant pour autrui peut agir lorsqu'il a un intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation. « J'ai certainement, dit-il, dans ce cas, moi-même, un intérêt pécuniaire, en vertu duquel je

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 233. — Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, texte 2. — Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, I.

puis conclure judiciairement contre Paul à une condamnation; et les dommages-intérêts auxquels il devra être condamné envers moi, s'il ne remplit pas son obligation, sont même, dès à présent, déterminés conventionnellement. » Le point de vue auquel se place le savant professeur ne nous paraît pas absolument exact. Je n'ai point en général un intérêt pécuniaire à ce que la maison de Pierre soit réparée, et ce qui le prouve bien, c'est que mon droit se borne à réclamer le paiement de 1,000 fr., en cas d'inexécution, sans que je puisse demander en justice la réparation de la maison. L'action du stipulant nous paraît fondée, non pas sur un intérêt pécuniaire qui n'existe pas en général, mais sur la stipulation conditionnelle qu'il a faite pour lui-même. Le même motif était, du reste, invoqué en droit romain pour valider la *stipulatio pœnæ* dans notre hypothèse : « Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis (1). »

§ 2.

Stipulation pour autrui à titre de charge.

95. Il peut se faire que la stipulation pour autrui, au lieu d'être *in conditione*, soit *in modo*, c'est-à-dire qu'elle constitue le mode, la charge d'un contrat

(1) § 19, Inst., *J. de inut. stip.*, l. III, t. XIX. — L. 38, § 17, D., *de verb. obl.*, 45, 1.

que le stipulant fait pour lui-même. « Ce qui concerne l'intérêt d'un tiers, dit Pothier (1), peut aussi être *in modo* : c'est-à-dire que, quoique je ne puisse pas directement stipuler ce qui concerne l'intérêt d'un tiers, néanmoins je puis aliéner ma chose, à la charge que celui à qui je la donne fera quelque chose qui concerne l'intérêt d'un tiers. » On admet généralement que les rédacteurs du Code civil ont entendu reproduire cette règle dans la seconde disposition de l'article 1121 (2). Si l'on accepte cette interprétation, l'article 1121 est exactement conforme au texte de Pothier, qui, dans un même paragraphe, traite successivement de la stipulation pour autrui à titre de condition et de la stipulation pour autrui à titre de charge : la première partie de l'article (*lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même*) se réfère à la stipulation pour autrui à titre de condition, et la seconde partie (*lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre*) prévoit la stipulation pour autrui à titre de charge. Le mot *condition* est pris ici dans un sens large, qui comprend à la fois la condition preprement dite, et le mode, la charge d'un contrat.

96. Il faut reconnaître cependant qu'en ce qui concerne la stipulation à titre de charge, la formule de Pothier est plus étendue que celle du Code civil.

(1) Pothier, *Obligations*, n° 71.
(2) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 234.

Pothier valide la stipulation pour autrui, non seulement quand elle est la charge d'une donation, mais, d'une façon générale, toutes les fois qu'elle est liée à une aliénation quelconque réalisée par le stipulant; tandis que l'article 1121 ne mentionne que la stipulation liée à une donation. Faut-il généraliser la décision de l'article 1121, et l'interpréter comme une application particulière d'une règle générale?

Nous ne faisons pas difficulté d'admettre que la stipulation pour autrui, liée à une vente ou à tout autre contrat à titre onéreux, doit produire les mêmes effets que si elle était la charge d'une donation. Je vous vends ma maison, à condition que vous servirez une rente viagère à un vieux serviteur que je veux gratifier; je dois être, au point de vue juridique, dans la même situation que si j'avais donné ma maison au lieu de la vendre. L'article 1121 doit certainement s'appliquer dans les deux cas (1). S'il ne parle que de la donation, c'est que les rédacteurs du Code civil ont pris comme exemple le cas qui se présente le plus fréquemment en pratique. C'est, du reste, celui que Pothier cite à l'appui de sa règle : « Par exemple, dit-il (2), quoique je ne puisse pas stipuler en mon nom directement que vous ferez présent du *Thesaurus* de Meerman à Jacques, je puis vous donner utilement une somme ou toute autre

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, texte 2. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1121.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 71.

chose, à la charge que vous ferez à Jacques ce présent. »

Mais quelques auteurs vont encore plus loin. Dans le but de rattacher à l'article 1121 certaines conventions dont la nature juridique est discutée, ils s'autorisent de la formule générale employée par Pothier, pour soutenir que l'article 1121 s'applique, non seulement quand la stipulation pour autrui intervient à la suite d'un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux fait par le stipulant pour lui-même, mais même quand elle est la charge d'une dation, d'une aliénation quelconque réalisée par le stipulant. Ainsi, l'article 1973, C. civ., quand il décide qu'une rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne, ne ferait que développer la théorie générale contenue dans l'article 1121. De même encore, l'assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers déterminé, moyennant des primes versées par celui qui contracte l'assurance, ne serait qu'une application nouvelle de la même idée. Il y a, dit-on, dans tous ces cas, une dation réalisée par le stipulant, et cette dation sert comme de support à la stipulation pour autrui, qui, nulle en principe, devient valable en vertu de l'article 1121 (1).

Pour réfuter ce système, qui exagère la portée

(1) Bufnoir, à son cours, *Des stipulations pour autrui*, 1884. — — Pont, *Des petits contrats*, t. I, n° 694. — Desserteaux, *Des promesses et stipulations pour autrui* (Thèse de doct.), n°s 189 et suiv.

de l'article 1121, et qui pourrait donner lieu à des confusions dangereuses, il nous suffit de préciser quel est l'effet produit par la stipulation pour autrui à titre de charge dans la personne du stipulant. Nous savons que l'article 1121 est relatif aux seuls effets produits dans la personne du stipulant ; si ces effets ne se présentent pas dans les hypothèses que nous venons de citer, nous serons en droit d'en conclure que l'article 1121 ne leur est pas applicable.

C'est au droit romain que remonte l'origine de cette théorie : le donateur pouvait stipuler un avantage au profit d'un tiers, quand la stipulation constituait une charge de la donation. Le donateur n'avait pas le droit d'exiger l'exécution de la stipulation (la règle *alteri stipulari nemo potest* s'y opposait), mais, si elle n'était pas exécutée, il pouvait répéter l'objet donné au moyen d'une *condictio causa data, causa non secuta* (1), il était ainsi armé contre le donataire d'un moyen indirect de coercition. Partant de cette idée, on pouvait accorder le même droit à toute personne qui avait livré sa chose, sous la condition d'une charge stipulée au profit d'un tiers ; car, dans tous les contrats innommés qui se formaient par tradition, l'inexécution des engagements de l'*accipiens* donnait ouverture en faveur du *tradens* à une *condictio causa data, causa non secuta* (2). Pothier avait-il l'intention

(1) Pothier, *Obligations*, n° 71.

(2) Accarias, *Contrats innommés*, p. 36. « Cette action se conçoit pleinement indépendante de tout lien contractuel. »

d'émettre une théorie aussi générale, quand il disait : je puis aliéner ma chose, à la charge que celui à qui je la donne fera quelque chose qui concerne l'intérêt d'un tiers? Il est permis d'en douter, car il se borne à citer comme exemple la donation. Mais, en tout cas, cette théorie ne nous paraît pas être celle du Code civil. Les principes qui régissaient les contrats innommés ont disparu; nous ne connaissons plus la *condictio causa data, causa non secuta*, devenue inutile par suite des règles plus larges qui régissent notre système de contrats. Quelle est donc l'action conférée au stipulant par la stipulation pour autrui à titre de charge? La voici : lorsque la stipulation est la charge d'une donation, le donateur, en cas d'inexécution, a le droit de demander la révocation de la donation (art. 953). Lorsqu'elle est la charge d'un contrat synallagmatique, le stipulant a le droit, en cas d'inexécution, de demander la résolution du contrat (art. 1184). En dehors de ces deux actions, nous ne connaissons pas de moyen pour le stipulant d'agir contre le promettant, à raison de l'inexécution de la charge imposée au profit d'un tiers. Or, ces actions ne se rencontrent pas dans les hypothèses où la stipulation pour autrui est la charge d'une simple dation, réalisée par le stipulant. Si nous prenons, en particulier, la constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers, nous ne voyons pas quel moyen de coercition le stipulant pourrait avoir contre le promettant. Demandera-t-il la réso-

lution du contrat? Mais il n'y a pas de contrat entre le stipulant qui a parlé pour un tiers et le promettant qui a promis à un tiers. Demandera-t-il la restitution du prix qu'il a fourni? L'article 1978, C. civ. le défend expressément. Il est donc impossible d'apercevoir l'effet produit par une stipulation de ce genre dans la personne du stipulant. Nous en concluons que l'article 1121, qui est relatif aux seuls effets dans la personne du stipulant, ne s'applique pas à ces hypothèses.

97. Nous connaissons maintenant l'effet produit par la stipulation pour autrui à titre de charge à l'égard du stipulant. Elle lui confère, en cas d'inexécution, une action en résolution ou en révocation du contrat principal. M. Demolombe reproduit ici le raisonnement que nous avons déjà réfuté à propos de la stipulation à titre de condition. D'après le savant professeur, la double disposition de l'article 1121 ne serait qu'une application du principe général, en vertu duquel le stipulant pour autrui peut agir, lorsqu'il a un intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation (1). Cette opinion ne nous paraît pas plus exacte en ce qui concerne la stipulation pour

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 246. — Partant de la même idée, M. Larombière (*Obl.*, t. I, art. 1121, n° 11) propose une distinction entre le cas où le stipulant est intéressé pécuniairement à l'exécution de la charge, et le cas où il n'y a pas un intérêt direct et pécuniaire. Dans ce dernier cas, il décide que le stipulant n'a pas d'action en révocation contre le promettant. Cette distinction n'est admise par personne ; cependant, il faut reconnaître qu'elle est assez logique, si on explique l'art. 1121 comme le fait M. Demolombe.

autrui à titre de charge. Le donateur qui impose au donataire une prestation en faveur d'un tiers n'a pas, en général, d'intérêt pécuniaire à l'exécution de la prestation stipulée. Aussi ne lui permet-on pas de l'exiger; tout son droit se réduit au moyen indirect de coercition que nous avons signalé.

98.—Dans l'ancien droit romain, l'inexécution de la stipulation pour autrui à titre de charge ne donnait lieu qu'à la *condictio causa data, causa non secuta*. Le tiers ne pouvait pas se prévaloir de la charge stipulée à son profit; le principe de non-représentation s'y opposait, et ce n'est que dans les derniers temps et par faveur qu'on lui accorda une action utile, calquée sur l'action fidéicommissaire (1). Dans notre droit, le principe de non-représentation n'existe plus, et rien ne s'oppose à ce que le tiers puisse exiger l'exécution de la stipulation faite à son profit. Il est investi contre le promettant d'un droit de créance conditionnel, qui devient définitif et irrévocable par l'effet de sa ratification. S'il ratifie, il est censé avoir stipulé lui-même; s'il refuse de ratifier, il est considéré comme ayant toujours été étranger au contrat.

Quelques rares auteurs croient devoir refuser au tiers une action directe contre le promettant, par ce motif qu'elle était fondée en droit romain sur l'équité naturelle, et que notre droit ne reconnaît

(1) De Savigny, *Système*, t. IV, § 175, C., et § 173. — Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 388, texte 1, note 18.

plus d'actions fondées sur cette base juridique (1). Ils ne tiennent pas compte de la profonde révolution accomplie par la disposition du principe de non-représentation. L'action donnée au tiers était fondée en droit romain sur l'équité naturelle, parce que le principe de non-représentation s'opposait à ce qu'on pût lui trouver un fondement dans le droit civil; mais, de nos jours, ce fondement existe, puisque tout acte accompli par un représentant est censé accompli par le représenté lui-même. Il est vrai que Pothier, en souvenir de la doctrine romaine, disait que cette action était fondée sur l'équité naturelle (2), mais rien ne prouve que les rédacteurs du Code aient voulu reproduire cette subtilité juridique, bien inutile dans l'état actuel du droit. Au reste, sauf quelques rares exceptions, tout le monde admet que le tiers a une action contre le promettant à l'effet d'exiger l'exécution de la charge stipulée à son profit (3).

99. Mais si l'on est d'accord sur l'existence de cette action, on est bien loin de s'entendre sur le fondement juridique qu'il convient de lui assigner.

(1) Laurent, *Principes*, t. XV, n° 568.

(2) Pothier, *Obl.*, n° 71.

(3) Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter*, texte n° 2. — Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1121, n° 9. — Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 255. Il faut distinguer cependant, entre le cas où la stipulation au profit du tiers est *in obligatione* et le cas où elle est simplement *in conditione*. Dans le premier cas, le tiers ratifiant aura une action; dans le second cas, il n'a aucun droit, parce qu'il n'y a pas de stipulation s'offrant à sa ratification.

Pour nous, étant donné le système général que nous croyons devoir adopter, la stipulation pour autrui à titre de charge nous apparaît, comme toutes les autres stipulations pour autrui, avec le caractère d'une gestion d'affaire (1). Je vous donne ma maison, à la charge de servir une rente viagère à un vieux serviteur : je joue deux rôles; je suis donateur à votre égard, et gérant d'affaire à l'égard du tiers au profit duquel je stipule. La stipulation pour autrui n'a pas d'effet à mon égard, sauf le moyen indirect de coercition que nous avons signalé (2) ; mais elle doit produire son effet normal à l'égard du tiers, s'il ratifie, s'il prend pour lui ce que j'ai fait en son nom.

Pour les auteurs qui contestent l'assimilation de la stipulation pour autrui à un acte de gestion d'affaire, l'action du tiers ne peut pas être basée sur un rapport de représentation, et ils sont forcés de chercher à cette action un autre fondement. D'après eux, la stipulation pour autrui à titre de charge devrait être envisagée comme une offre, une pollicitation, faite au tiers par le stipulant. Je vous vends ma maison à la charge que vous paierez 1,000 francs à Paul : je dois être considéré comme faisant à Paul une offre de libéralité. Je vous vends ma propriété, en stipulant que mon voisin pourra exercer une servitude sur l'immeuble, moyennant le paiement d'une somme déterminée : je suis censé

(1) V. *suprà*, n° 74.
(2) V. *suprà*, n° 96

faire à mon voisin l'offre d'un contrat à titre onéreux. Par suite, cette offre peut être révoquée tant que le tiers ne l'a pas acceptée ; mais, s'il accepte, le contrat se forme et devient irrévocable. Laissons la parole à M. Demolombe qui est l'un des défenseurs de ce système : « Est-ce à dire (comme nos anciens semblent le supposer) que cette règle n'ait d'autre fondement qu'une concession bienveillante du législateur, inspiré par l'équité ? Nous croyons, au contraire, qu'il est possible de l'asseoir sur une base juridique : en effet, la stipulation faite par le stipulant au profit du tiers, constitue une offre à son adresse ; or, pourquoi cette offre ne pourrait-elle pas être acceptée par lui comme toute offre quelconque ? il n'y en aurait pas de motif ! c'est ainsi que l'offre d'une donation faite à une personne peut être acceptée par elle dans un acte séparé et postérieur ; l'analogie nous paraît adéquate (art. 932 (1). »

Remarquons tout d'abord que ce système, dont nous constaterons tout à l'heure les imperfections au point de vue rationnel et juridique, n'est même pas conforme à la tradition. On reproche souvent aux rédacteurs du Code civil d'avoir édicté sur notre matière des dispositions peu rationnelles,

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 248. — Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, IV. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 559. — MM. Aubry et Rau (§ 343 *ter*, texte n° 2, note 27) repoussent l'idée d'offre, mais ne proposent à la place aucun autre principe de droit.

et on les accuse d'avoir aveuglément suivi la tradition, telle qu'elle leur était révélée par Pothier. Or, M. Demolombe reconnaît lui-même que, sur la question qui nous occupe, le système enseigné par Pothier était tout différent de celui qu'il prête aux rédacteurs du Code civil. Lorsqu'il s'agit de justifier le droit du tiers, l'action qui lui est conférée par la stipulation, Pothier et nos anciens auteurs ne parlent jamais d'une offre faite au tiers par le stipulant. Ils fondent l'action du tiers sur l'équité naturelle, parce que les Romains lui accordaient une action utile. C'est là, sans doute, un malencontreux souvenir du droit romain; Pothier ne tient pas compte du changement opéré par la disparition du principe de non-représentation ; il ne voit pas que l'action utile a perdu sa raison d'être et doit se transformer en une action directe, par le jeu naturel des principes du droit nouveau ; mais il ne songe pas à la faire naître de l'acceptation d'une offre (1).

C'est donc un système nouveau que M. Demolombe prête aux rédacteurs du Code civil; examinons s'il est conforme aux principes et s'il tient un compte exact de l'intention des parties.

Au point de vue rationnel, je vois un grave inconvénient à fonder le droit du tiers sur l'acceptation d'une offre. Contre qui, en effet, lui reconnaît-on le droit d'agir? contre le promettant, contre le

(1) Pothier, *Obligations*, n° 72.

donataire ou l'acheteur qui a consenti au contrat principal, en acceptant la charge dont il était grevé. Or, entre quelles personnes l'acceptation de l'offre forme-t-elle le contrat? entre le tiers et le stipulant, puisque c'est le stipulant qui offre et le tiers qui accepte. Voilà donc une acceptation qui confère à l'acceptant le droit d'agir, non pas contre l'auteur de l'offre, mais contre un tiers. Cette conséquence étrange, nous n'oserions pas dire antijuridique, a été signalée par un des auteurs qui ont écrit le plus récemment sur le Code civil. M. Laurent accepte le système proposé par M. Demolombe; il fonde le droit du tiers sur un contrat qui lui est offert par le stipulant, et qui ne devient parfait que par son acceptation; mais, pour être conséquent avec son système, il ne permet pas au tiers d'agir contre le promettant. Il ne lui reconnaît que le droit d'agir contre l'auteur de l'offre, contre le stipulant, à moins qu'il n'invoque l'article 1166 C. civ. pour intenter contre le promettant l'action née du contrat principal. Tous les auteurs repoussent cette conséquence; elle paraît cependant logiquement nécessaire, si on fait naître le droit du tiers de l'acceptation d'une offre (1).

(1) « Peut-il y avoir une action contre quelqu'un qui ne s'est pas obligé? Or, le promettant n'a contracté aucune obligation à l'égard du tiers, puisque celui-ci n'a pas parlé au contrat, il n'y a donc aucun lien de droit entre lui et le tiers. Dès lors, nous ne voyons pas en vertu de quel principe le tiers aurait une action directe contre le promettant. » — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 568.

Le système de l'offre n'est pas seulement contraire aux principes; il présente de graves inconvénients pratiques. Si le droit du tiers était fondé sur l'acceptation d'une offre, il ne pourrait dater que du jour où cette acceptation se produit, car l'acceptation d'une offre n'a pas d'effet rétroactif. La jurisprudence a souvent écarté cette conséquence gênante du système qu'elle consacre, mais, comme on l'a fort bien dit, la logique a des droits et des exigences auxquelles nous ne pouvons nous soustraire. « On parle de rétroactivité, dit M. Labbé, on invoque la règle tracée pour la condition accomplie. Cela nous paraît abusif. Une condition accidentelle après son accomplissement rétroagit au jour du contrat, soit; mais une volonté destinée à former le consentement, base essentielle, source initiale d'une donation, ne rétroagit pas (1). » — Une autre conséquence nécessaire de la même idée, c'est que l'offre doit tomber par la mort de celui qui l'a faite. Si le stipulant vient à mourir avant que le tiers ait accepté, l'acceptation n'est plus possible : « la mort du stipulant, ou la mort du tiers qui doit profiter de la stipulation, détruisent également le germe du droit (2). » M. Demolombe s'affranchit de cette conséquence de son système, et soutient que, par la mort du stipulant, la stipulation au profit du tiers devient irrévocable; mais

(1) Labbé, *Observations sur cass.* — Sirey, 77, I, 393.

(2) Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, VIII. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 569.

cette opinion paraît bien difficile à concilier avec la nature du droit du tiers, telle qu'elle est définie par le savant professeur (1).

Malgré tous ces inconvénients et toutes ces contradictions, l'interprète n'aurait qu'à s'incliner, si l'article 1121 consacrait formellement le système que nous venons de combattre. Mais ce texte ne tranche pas la question, et nous ne croyons pas qu'il s'occupe de la nature du droit acquis au tiers par l'effet de la stipulation. Il n'a trait qu'aux effets de la stipulation dans la personne du promettant, et les droits du tiers sont régis par les principes généraux de la gestion d'affaires. Quand la stipulation pour autrui forme la condition ou la charge d'un contrat pour soi-même, elle ne change pas pour cela de nature; la seule particularité qu'elle présente, c'est qu'elle fournit au stipulant un moyen détourné pour exiger son exécution, et, dans certains cas, une faculté de révocation que nous étudierons dans l'article suivant (2).

100. Connaissant la nature du droit qui appartient au tiers, nous n'aurons pas de peine à résoudre les questions qu'il peut soulever.

On s'est demandé si l'action conférée au tiers par la stipulation pour autrui à titre de charge doit être garantie par les privilèges, hypothèques, action en résolution, etc... qui sont attachés à la créance principale. Nous n'hésitons pas à répondre

(1) Demolombe, *Obligations*, t. Ier, nº 252.
(2) V. infrà, ART. III.

négativement, car les deux créances et les deux actions sont absolument distinctes (1). Le vendeur ou donateur n'est pas créancier de la charge stipulée pour le tiers, et tout son droit, à cet égard, se borne à demander la résolution ou la révocation du contrat, en cas d'inexécution. Réciproquement, le tiers est créancier de la charge stipulée à son profit; mais il ne peut prétendre aux avantages que le contrat principal confère au stipulant. Cependant MM. Aubry et Rau croient devoir faire une distinction. D'après eux, l'action en résolution ou en révocation du contrat principal ne peut être exercée par le tiers, mais les privilèges et hypothèques attachés à l'action du stipulant garantissent aussi la créance du tiers contre le promettant. Je vous vends ma maison, à charge par vous de donner 1,000 francs à Paul; si vous n'exécutez pas la charge promise, Paul n'aura pas l'action en résolution, mais il pourra exercer le privilège du vendeur. Le motif de cette décision, c'est que les 1,000 francs promis à Paul constituent une partie du prix (2).

Bien que cette remarque soit exacte, nous ne croyons pas qu'elle puisse justifier la distinction proposée. En réalité, Paul est censé avoir stipulé 1,000 francs, mais il n'est pas vendeur, et nous ne voyons pas comment on pourrait lui accorder les

(1) Demolombe, *ibid.*, nº 256, — Larombière, *Obligations*, t. Ier, art. 1221, nº 9.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 343 *ter.*, texte nº 2, note 30.

prérogatives d'un acte juridique auquel il est étranger. Il faut remarquer cependant que, si la stipulation pour autrui constituait une délégation, une cession faite au tiers d'une partie du droit du stipulant, le tiers devrait avoir, pour la part du droit qui lui aurait été cédée, les garanties et sûretés attachées au droit lui-même. Une pareille convention pourrait se présenter en pratique, mais elle n'aurait que l'apparence d'une stipulation pour autrui. L'article 1121 ne s'applique pas à ces sortes de conventions.

101. Une dernière question nous reste à résoudre : quelle est l'influence de la révocation ou résolution du contrat principal sur la stipulation faite au profit du tiers ?

Un premier point ne saurait être douteux. Si la résolution ou révocation du contrat principal intervient avant que le tiers ait ratifié la stipulation faite à son profit, le contrat accessoire s'évanouit en même temps que le contrat principal. C'est la règle générale en matière de promesse ou stipulation pour autrui. Le tiers ne peut ratifier, prendre le contrat pour lui, que si le contrat existe encore ; or, dans le cas de révocation ou résolution du contrat principal, les contractants anéantissent le contrat accessoire qui s'offrait à la ratification du tiers.

La question est plus délicate, lorsque la résolution ou révocation intervient après la rati-

fication du tiers. D'après M. Larombière (1), le tiers ne pourrait plus exiger, ni du promettant, ni du stipulant, l'exécution de la stipulation faite à son profit; le promettant pourrait même exercer la répétition de l'indu, s'il avait exécuté. Le motif sur lequel s'appuie le savant magistrat, c'est que la révocation ou résolution doit, en principe, replacer les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant la formation du contrat. Le principe est exact, mais la conséquence est fausse, car l'effet de la révocation ou de la résolution ne doit pas préjudicier aux droits acquis par des tiers; or le tiers, par sa ratification, a acquis un droit qui doit être respecté. Il peut donc exiger l'exécution de la stipulation, et, à plus forte raison, en conserver le bénéfice, si elle n'a pas été exécutée.

Ne pourrait-on pas objecter cependant la règle qui régit les rapports de l'accessoire et du principal, et dire que la stipulation pour autrui, n'étant que le mode, l'accessoire d'un contrat principal, doit s'évanouir en même temps que lui? « De même, dit-on (2), que le droit du tiers n'aurait pas pu naître, malgré son acceptation personnelle, si le contrat principal ne s'était pas formé, de même, il doit cesser d'exister, dès que le contrat principal est résolu. » Je vous donne ma maison, à charge de verser 1,000 francs à Paul. Si vous n'acceptez pas la donation, Paul aura beau ratifier la stipulation

(1) Larombière, *Obligations*, t. Ier, art. 1121, n° 10.
(2) Demolombe, *Oblig.*, t. Ier, n° 257.

faite à son profit, il ne pourra pas en réclamer le montant, parce qu'une charge ne peut prendre naissance sans l'obligation principale qui doit lui servir de support. Ne doit-il pas en être de même quand l'obligation principale disparaît, et la charge peut-elle lui survivre? — L'objection ne porte pas, parce qu'il n'y a pas identité entre les deux situations qu'on rapproche. Quand le contrat principal ne se forme pas, le droit du tiers ne peut prendre naissance, parce qu'il n'y a pas de débiteur. Pour que Paul puisse ratifier, il faut qu'il y ait un promettant, il faut qu'il y ait quelqu'un qui consente à s'obliger envers lui. Or, si le donataire refuse la donation qui lui est offerte, il refuse par là même de se reconnaître débiteur de la charge stipulée au profit de Paul, et la ratification de ce dernier ne peut avoir aucun effet. Mais la situation n'est plus la même, quand le contrat principal s'évanouit postérieurement à la ratification du tiers. Cette ratification, quand elle s'est produite, a rencontré la volonté concordante du donataire et l'a lié irrévocablement. Peu importe, si, plus tard, il vient à perdre sa qualité de donataire par suite d'une révocation, le lien de droit qui l'unit au tiers subsiste, et la révocation ne peut l'en décharger.

102. Mais contre qui le tiers pourra-t-il agir, après la révocation ou résolution du contrat principal? La réponse ne peut être douteuse. C'est le promettant qui est débiteur, c'est lui qui doit être

poursuivi. Seulement, comme le stipulant a obtenu la révocation ou résolution du contrat principal, il est bien évident que le promettant pourra recourir contre lui, s'il éprouve un préjudice quelconque. Ces principes étant posés, il est facile de résoudre les questions qui peuvent se présenter en pratique.

Lorsque le promettant se verra intenter une action en révocation ou en résolution du contrat principal, il fera prudemment d'appeler en cause le tiers qui se trouve investi contre lui d'un droit de créance, en vertu de la stipulation. L'instance est ainsi liée entre les trois acteurs qui ont participé au contrat. Supposons, par exemple, que le stipulant ait donné 10,000 fr., à charge par le donataire de verser 1,000 fr. à un tiers. Le tiers exigera le paiement des 1,000 fr. qui lui sont dus par le donataire, mais celui-ci, ayant le droit d'être indemnisé, pourra recourir contre le donateur pour 1,000 fr.; dès lors, le tribunal condamnera le donataire à restituer 9,000 fr. au donateur et à payer 1,000 fr. à Paul. Nous pouvons supposer que le stipulant a vendu sa maison en promettant, à charge par celui-ci de verser 1,000 fr. à Paul; la solution sera la même, en principe, mais, pour éviter des circuits d'actions, les juges pourront condamner l'acheteur à restituer la maison, et condamner le stipulant à payer 1,000 fr. à Paul.

Si le promettant omettait d'appeler le tiers en cause, il resterait exposé à son action, sauf le

recours qu'il aurait lui-même le droit d'exercer contre le stipulant (1).

Article III. — Stipulation pour autrui qui contient une libéralité.

102 *bis*. En général, celui qui gère l'affaire d'un tiers n'agit pas dans le but de faire une libéralité. Il prend l'initiative d'un acte qu'il croit utile, mais, si cet acte nécessite des dépenses, il entend ordinairement en être indemnisé; aussi l'article 1375 lui donne le droit de recourir contre le maître si sa gestion est utile ou ratifiée. Il en est de même dans la stipulation pour autrui qui, nous le savons, n'est autre chose qu'un acte de gestion d'affaires. Le stipulant n'a pas d'ordinaire l'intention de gratifier la personne pour laquelle il stipule, et, comme les libéralités ne se présument pas, on doit supposer jusqu'à preuve contraire qu'il n'a pas renoncé au remboursement des avances qu'il a dû faire. Mais évidemment, cette intention libérale peut exister chez le stipulant; il peut agir dans le but de gratifier le tiers au profit duquel il stipule, et son intention ressortira quelquefois de la nature de l'acte accompli. C'est ce qui arrive dans le cas prévu par l'article 1973, lorsqu'une personne constitue une rente viagère au profit d'un tiers, moyennant

(1) Aubry et Rau, § 343, *ter*, texte n° 2, note 31. — Demolombe, *Obligations* t. I^er^, n° 258. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 570.

un prix qu'elle fournit elle-même. C'est ce qui arrive également lorsqu'un individu contracte une assurance sur sa propre vie au profit d'un tiers déterminé, moyennant le versement de certaines sommes à titre de primes. Le constituant de la rente viagère et le preneur d'assurance n'ont pas d'ordinaire l'intention de répéter le prix ou les primes versés, ils agissent dans le but de gratifier le tiers bénéficiaire de la rente ou de l'assurance.

103. La même alternative se présente quand la stipulation pour autrui est la charge d'une donation ou d'un contrat à titre onéreux (art. 1121). Je vous donne ma maison, à la charge de verser 2,000 fr. à Paul ; mon intention est sans doute de gratifier Paul d'une somme de 2,000 fr. Je vous vends ma propriété, à charge par vous de servir une rente viagère à Jacques ; j'ai probablement l'intention de faire à Jacques une libéralité. Mais il ne faudrait pas croire que la stipulation à titre de charge dût nécessairement constituer une libéralité du stipulant au tiers. Aliénant un immeuble, je réserve que mon voisin pourra exercer une servitude sur l'immeuble, moyennant un prix déterminé ; c'est là une stipulation qui ne constitue certainement pas une libéralité. Il en est de même pour un contrat qui est journellement usité dans le commerce, le contrat de transport. L'article 101 C. com., considérant la lettre de voiture comme le contrat lui-même, dit : « La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expé-

diteur, le commissionnaire et le voiturier. » On s'est demandé si la lettre ne formait pas également un contrat entre le voiturier et le destinataire, et si ce dernier n'avait pas une action directe contre le voiturier, en cas de détérioration des marchandises. Quelques auteurs penchent à croire qu'il y a là une stipulation pour autrui, comme charge du contrat de transport conclu entre l'expéditeur et le voiturier ; mais évidemment, il ne saurait être question d'une libéralité faite au destinataire par l'expéditeur (1). Supposons enfin que l'habitant d'une commune, ayant intérêt à l'établissement d'un champ de foire, vende son terrain à la condition que l'acheteur cèdera à la commune le terrain nécessaire : il n'y a pas non plus de libéralité. On pourrait multiplier indéfiniment les exemples, mais nous pouvons considérer dès à présent comme démontrée la proposition suivante : la stipulation pour autrui à titre de charge peut, comme tout acte de gestion d'affaire, constituer une libéralité du stipulant au tiers, mais ce n'est pas son caractère essentiel.

104. Quoi qu'il en soit, puisque la stipulation pour autrui revêt quelquefois le caractère d'une libéralité, il faut déterminer quelles sont, parmi les règles des donations, celles qui lui sont applicables.

(1) Bufnoir. A son cours. *Des stipulations pour autrui*, 1884.
(2) Req., 13 juin 1877. — Dalloz, 1878, I, 415.

Le principe à cet égard est nettement posé par l'article 1973 C. civ. : « Elle (la rente viagère) peut être constituée au profit d'un tiers, bien que le prix en soit fourni par une autre personne. » Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés à l'article 1970. » Ainsi, quand la constitution de rente viagère affecte le caractère d'une libéralité, elle est affranchie de toutes les règles de forme, mais soumise aux règles de fond qui régissent les donations. Nous pouvons certainement appliquer le principe de l'article 1973 à toutes les stipulations pour autrui qui revêtent le même caractère.

Partant de ce principe, on doit les affranchir de toutes les conditions qui garantissent l'authenticité de la donation entre vifs, mais on doit les soumettre à toutes les règles de fond, telles que celles qui régissent la capacité de donner et de recevoir, le rapport, la réduction, la révocation. L'avantage stipulé au profit d'un tiers pourra être révoqué pour les causes énumérées dans l'article 953. Enfin, tant qu'il n'aura pas été accepté par le tiers auquel il est destiné, il pourra être révoqué par le stipulant, aux termes de l'article 1121 : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Cette faculté de révocation a beaucoup exercé la sagacité des interprètes, et nous devons l'étudier avec quelques détails.

105. Le droit de révocation reconnu par l'article 1121 nous paraît être l'application d'une règle générale en matière de donations. La donation, comme tout autre contrat, ne peut se former que par le concours des volontés des deux parties contractantes, et celui qui fait une offre de libéralité peut la retirer, tant qu'il n'est pas lié par l'acceptation du donataire. C'est ce principe que les rédacteurs du Code civil ont voulu appliquer à la stipulation pour autrui qui contient une libéralité : tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter, la libéralité peut être révoquée (1).

Dans notre ancien droit, on discutait la question de savoir si cette faculté de révocation devait être accordée au stipulant. « De là naît une autre question, dit Pothier (2), qui est de savoir si, vous ayant donné une chose à la charge de la restituer à un tiers dans un certain temps, ou de lui donner quelque autre chose, je puis vous remettre cette charge, sans l'intervention de ce tiers qui n'était pas partie à l'acte, *et qui n'a pas accepté la libéralité que j'exerçais envers lui, en vous imposant cette charge.* »

Nos anciens auteurs étaient partagés sur la question. Les uns, parmi lesquels Pothier cite Grotius, Bartole, Duaren et Ricard, soutenaient que la sti-

(1) Nous sommes donc parfaitement d'accord avec les représentants du système de l'offre, lorsqu'il s'agit d'expliquer le droit de révocation de l'art. 1121, mais il ne nous paraît pas possible d'en faire le fondement du droit du tiers qui ratifie.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 73.

pulation pouvait être révoquée sans l'assentiment du tiers. « La raison sur laquelle ils se fondent est que le tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la donation sous cette charge, est contracté par le concours des volontés du donateur et du donataire seulement, et par conséquent peut se résoudre par un consentement contraire des mêmes parties, suivant ce principe : « Nihil tam naturale est quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt. » L'opinion contraire vers laquelle Pothier semble pencher, rejetait absolument tout droit de révocation : « La clause de l'acte de donation, disait-on, qui contient la charge imposée au donataire, de donner quelque chose à un tiers, renferme une seconde donation, ou une donation fidéicommissaire que le donateur fait à ce tiers. Cette seconde donation, sans l'intervention de ce tiers à qui elle est faite, reçoit son entière perfection par l'acceptation que le premier donataire fait de la donation sous cette charge, puisque par cette acceptation il contracte envers ce tiers, sans que ce tiers intervienne à l'acte, un engagement d'accomplir cette charge dans son temps (1). »

Quand les rédacteurs du Code civil durent trancher la question, ils se trouvèrent en présence de

(1) Pothier, *loc. cit.*, n. 73. Il cite Fachinœus, *contro.*, VIII, 89. — On peut y joindre : Paul de Castro (*ad leg.*, 122, § 2. D., *de verb. obl.*, 45, 1). — Joannes Lupus, (*ad titul. de donat. inter vir. et ux.*, § 54.)

ces deux opinions contraires, et voici comment ils arrivèrent à les concilier. Ils empruntèrent à l'opinion de Pothier l'idée d'une donation subsidiaire, ou fidéicommissaire, venant, pour ainsi dire, se greffer sur la donation principale ou sur le contrat à titre onéreux dont elle est le mode. Mais, considérant avec raison que cette donation ne pouvait être parfaite qu'après l'acceptation du tiers à qui elle est offerte, ils permirent au donateur de la révoquer, tant que le tiers n'aurait pas déclaré vouloir en profiter. Cette sorte de transaction apparaît dans les travaux préparatoires du Code civil. Après avoir résumé la controverse, le tribun Mouricault s'exprime ainsi dans l'exposé des motifs : « Le projet a tranché la difficulté de la manière la plus simple, en statuant seulement que celui qui a fait la stipulation au profit du tiers ne peut plus la révoquer, lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter ; alors en effet, son consentement étant réuni à celui des autres parties, le contrat se trouve réellement scellé par trois volontés, sans lesquelles (du moins en ce qui concerne chacune d'elles) il n'y peut plus être dérogé (1). »

106. Connaissant la nature du droit de révocation, il n'est pas difficile de déterminer les personnes qui peuvent l'exercer. En principe, c'est au stipulant qu'il appartient ; l'article 1121 le laisse

(1) Locré, *Exposé des motifs sur l'art. 1121* (XII-8).

clairement entendre en disant : celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. Les rédacteurs du Code civil se séparent ainsi des auteurs qui admettaient, dans notre ancien droit, la révocabilité de la stipulation. D'après ce que rapporte Pothier, ces auteurs exigeaient, pour que la révocation fût possible, le concours des volontés du stipulant et du promettant, en se fondant sur la règle *nihil tam naturale est quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt*. La raison de cette différence, c'est que le droit de révocation de l'article 1121 s'appuie sur une autre base juridique. La stipulation peut être révoquée parce qu'elle contient une offre de libéralité. Or, comme c'est le stipulant qui, d'ordinaire, a seul l'intention de gratifier le tiers au profit duquel il stipule, il est tout naturel que l'exercice du droit de révocation lui soit exclusivement réservé (1). Du reste, tout le monde admet que, si l'offre émane à la fois du promettant et du stipulant, le concours de leurs volontés est nécessaire pour révoquer la stipulation. Supposons par exemple que deux frères réalisent une vente, à charge par celui d'entre eux qui est acheteur de servir une rente viagère à leur père : ils ont eu l'un et l'autre l'intention de gratifier leur père, et le stipulant ne

(1) De même que le stipulant peut révoquer son offre de libéralité, il peut aussi la modifier, car la modification n'est qu'une révocation partielle. — Laurent, *Principes*, t. XV, n° 565. — Cass. 27 décembre 1853. — Dalloz, 1854, I, 350.

pourrait pas retirer l'offre de libéralité, sans le consentement du promettant (1).

107. On s'est demandé qui devait profiter de l'avantage stipulé au profit du tiers, lorsque la stipulation venait à disparaître par l'effet de la révocation. Tout d'abord, il nous semble que le stipulant pourrait désigner un autre bénéficiaire. Je vous ai vendu ma maison, en stipulant que vous paieriez 1000 fr. à Jacques; si je révoque la libéralité offerte à Jacques, je dois pouvoir stipuler que la somme sera servie entre les mains de Paul. Il y a là une nouvelle stipulation pour autrui qui doit produire son effet, car il est indifférent au promettant de payer 1,000 fr. à Jacques ou à Paul. Mais que décider, si le stipulant ne désigne personne pour profiter de la stipulation? Nous croyons qu'il faut avant tout consulter l'intention des parties. En révoquant l'offre de libéralité, sans désigner un autre bénéficiaire, le stipulant a peut-être voulu faire profiter le promettant de la révocation, et lui remettre la charge qui lui était imposée. Mais, dans le doute, comme les libéralités ne se présument pas, on devra naturellement supposer que le stipulant a voulu conserver pour lui le bénéfice de la stipulation. Or le promettant, qui ne peut s'opposer à ce que le stipulant transmette à

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, VI. — Demolombe, *Obligations*, t. Ier, n° 250. — Aubry et Rau, § 343, *ter*, texte n° 7, note 25.

un autre bénéficiaire l'avantage révoqué ne peut pas davantage l'empêcher de le garder pour lui-même (1).

Il faut noter cependant, pour être absolument exact, que cette substitution de personnes n'est possible qu'à deux conditions : il faut que l'objet de la stipulation s'y prête, et qu'elle n'aggrave pas l'obligation du promettant. Si la charge promise consistait dans un service à rendre au tiers, par exemple dans l'obligation de lui enseigner un art, ou une science, sa nature s'opposerait à toute substitution; ce serait donc le promettant qui, par la force même des choses, profiterait de la révocation, car il serait de plein droit libéré de son obligation d'accomplir la charge (2).

Tout en conférant au stipulant le droit de révoquer l'offre qu'il a faite au tiers, l'article 1121 reconnaît au tiers le droit de mettre fin à cette faculté, en acceptant la donation, ou, pour employer les expressions du législateur, en déclarant qu'il

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 33 *bis*, VII. — Demolombe, *Oblig.*, t. I^er^, n° 251. — Aubry et Rau, § 343 *ter*, texte n° 2. — M. Laurent (t. XV, n° 560,) fait une distinction entre le cas où le contrat principal est une donation, et le cas où c'est une vente ; dans le premier cas, la révocation de la charge profite au promettant, dans le deuxième, au stipulant. En fait, il pourra souvent en être ainsi, mais en théorie, cette distinction nous paraît tout à fait arbitraire.

(2) S'il s'agit d'une rente viagère stipulée au profit d'un tiers, le stipulant qui révoque peut, en principe, exiger pour lui-même le service de la rente ; mais la rente devra s'éteindre par la mort du tiers au profit duquel elle avait été primitivement stipulée, ar autrement la condition du promettant serait empirée.

entend profiter de la stipulation. Nous ne renouvellerons pas ici la discussion du système qui fonde le droit du tiers sur cette déclaration. Rappelons simplement que la stipulation pour autrui constitue toujours un acte de gestion d'affaires. Si cette gestion d'affaires contient une libéralité pour le maître, la ratification du maître devra produire un double effet : lier le promettant, et enlever au gérant le droit de révoquer son offre de libéralité. L'article 1121, qui est relatif aux seuls effets de la stipulation dans la personne du stipulant, se borne à constater ce dernier effet de la ratification, en décidant que le stipulant ne peut plus révoquer après que le tiers s'est prononcé. Telle est la limite qu'il assigne au droit de révocation.

Quand le stipulant meurt avant la ratification du tiers, on peut se demander si ses héritiers ont le droit d'exercer la faculté de révocation qui lui appartenait. Nos anciens auteurs répondaient négativement, considérant que le droit du tiers devenait irrévocable par la mort du stipulant. La solution était logique, dans leur système. D'après eux, le concours de volontés d'où dépendait le sort du contrat ne pouvait plus se produire après la mort du stipulant, et, dès lors, les droits des parties restaient irrévocablement fixés. M. Demolombe pense que la même solution doit être admise sous l'empire du Code civil, mais il nous semble que la question ne se pose plus aujourd'hui dans les mêmes termes. La révocation que permet l'article 1121 n'est pas fondée

sur la même base juridique. Œuvre d'une seule volonté, celle du stipulant, elle constitue un droit qui fait partie de son patrimoine, et qui doit passer à ses héritiers si rien ne s'oppose à cette transmission. Or, nous ne croyons pas que la nature de ce droit le rende intransmissible, et l'article 1121 nous semble au contraire fournir un argument en faveur de sa transmission aux héritiers : fixant les limites de la faculté de révocation, il ne signale que la déclaration du tiers, sans mentionner la mort du stipulant (1).

(1) Demolombe, *Obligations*, t. I^er^, n° 252.

CHAPITRE IV

Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du tiers.

109. La promesse et la stipulation pour autrui peuvent-elles produire effet dans la personne du tiers dont on a promis le fait ou pour lequel on a stipulé? Nous savons que la solution du droit français est très différente, sur ce point, de la solution du droit romain. A Rome, la promesse et la stipulation pour autrui ne produisaient aucun effet direct dans la personne du tiers, parce que la représentation était interdite. Sous l'empire du Code civil, on ne peut certainement pas obliger le tiers, ni lui acquérir un droit de créance sans son consentement, mais s'il ratifie l'engagement pris en son nom, le contrat doit produire directement ses effets dans sa personne, comme s'il y avait personnellement figuré. C'était la doctrine de Pothier : « Si je contracte, disait-il (1), au nom d'une personne qui ne m'avait point donné de procuration, sa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par mon ministère; car la ratification équipolle à procuration : *ratihabitio mandato com-*

(1) Pothier, *Obligations*, n° 75.

paratur. » C'est également la doctrine du Code civil : il est de principe, dans notre droit, que les actes du mandataire doivent être considérés comme accomplis par le mandant lui-même, et la ratification des actes accomplis sans mandat produit les mêmes effets qu'un mandat antérieur (art. 1998-1375).

Le tiers est donc obligé, s'il ratifie la promesse faite en son nom; il est créancier, s'il ratifie la stipulation faite pour son compte. Jusqu'à la ratification, le contrat est en suspens, comme tout contrat conditionnel, mais, dès que la ratification est intervenue, les choses se passent comme si le tiers avait contracté lui-même. Tout l'intérêt de ce chapitre se concentre donc sur la ratification. Après avoir étudié sa nature et ses effets, nous compléterons notre étude en parcourant quelques applications pratiques de la théorie des contrats pour autrui.

Article I^er^. — De la ratification des contrats pour autrui.

§ 1^er^.

Nature de la ratification.

110. On confond souvent sous le nom de ratification deux actes de natures très différentes. On emploie ce mot pour désigner l'approbation donnée

par une personne à ce qui a été fait en son nom sans mandat, et on s'en sert également pour désigner la confirmation d'un contrat entaché d'une nullité relative. Ces deux actes, bien qu'ayant une certaine analogie, présentent cependant des différences qu'il importe de signaler. Celui qui confirme un acte annulable, le majeur, par exemple, qui confirme un contrat conclu pendant sa minorité, valide un acte émané de lui-même ; il ne fait que renoncer à une action en nullité qui s'éteindrait toute seule, si elle n'était pas exercée dans un certain délai ; la nouvelle manifestation de volonté qu'il accomplit n'est donc pas essentielle à l'efficacité du contrat. Tout autre est le caractère de la ratification d'un acte accompli par un gérant sans mandat. Le contrat n'émane pas de celui qui ratifie, et il resterait éternellement inefficace à son égard, si la ratification ne venait lui donner la force qui lui manque (1). A raison de cette différence essentielle, il est peut-être dangereux de confondre sous la même dénomination la confirmation du contrat annulable et la ratification de l'acte du gérant d'affaires. Ne serait-il pas plus exact d'appliquer le mot *confirmation* au premier cas, en réservant le mot *ratification* pour désigner la déclaration de volonté par laquelle un tiers s'approprie l'acte fait en son nom ? Les principes mis en jeu dans les deux cas ne sont pas les mêmes, et cette distinction dans les termes ser-

(1) Labbé, *Dissertation sur la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 4.

virait, peut-être, à éviter la confusion dans les idées.

111. Quoi qu'il en soit, nous n'avons à étudier ici que la ratification du contrat fait par un gérant sans mandat. Pour en faire ressortir la nature, nous ne saurions mieux faire que d'emprunter à M. Labbé l'analyse qu'il en donne dans sa remarquable dissertation sur la ratification des actes d'un gérant d'affaires : « La ratification équivaut à un mandat... En ratifiant ce qui a été fait en mon nom, je suis réputé dire au gérant : vous avez bien agi ; vous avez bien compris mon intérêt ; vous avez eu raison de me représenter, de me faire parler. Ce que vous avez fait, je l'approuve, je le confirme ; j'en assume la responsabilité, et j'en réclame le profit. En ratifiant donc, je ne contracte pas de nouveau avec les tiers ; je ne leur fais aucune promesse, aucune stipulation actuelles. Je me substitue au gérant dans le contrat qu'il a formé. Il a endossé à mon insu ma responsabilité. Je l'approuve et je prends d'une manière définitive la place qu'il a occupée pour moi provisoirement. Par conséquent, tous les effets juridiques d'obligations, de paiement, d'aliénation, ne pouvant découler que des actes du gérant, doivent dater du jour où ces actes ont été accomplis. Soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, il n'y a qu'un principe possible d'acquisition, d'aliénation ou d'obligation, c'est le contrat fait par le gérant au nom du maître de l'affaire. Considérer

la ratification comme la cause unique et primordiale d'un droit, d'un changement dans la condition des parties, c'est nier que le maître qui ratifie ait été représenté par le gérant, c'est nier qu'il y ait eu pour autrui une gestion d'affaire utile, efficace, c'est aller contre le sens et le but de la ratification même. (1) »

112. Voici maintenant les conséquences que nous pouvons déduire de cette analyse. Puisque en ratifiant, le tiers se substitue à celui qui a promis ou stipulé en son nom, il s'ensuit que le principe de sa créance ou de son obligation ne réside pas dans la ratification, mais dans le contrat fait par le gérant. Par conséquent, pour que l'obligation naisse dans sa personne, il n'est pas nécessaire que la ratification soit acceptée par le stipulant. En recevant la promesse, le stipulant a accepté par avance la ratification de celui qu'il a voulu considérer comme son débiteur éventuel. Il est censé avoir dit au promettant : vous me promettez au nom de Paul, vous agissez en qualité de gérant d'affaire ; j'accepte votre promesse, et, si Paul ratifie ce que vous faites en son nom, je consens à le considérer comme engagé vis-à-vis de moi (2).

(1) L'abbé *de la Ratification*, n° 8.

(2) M. Labbé (*de la Ratification*, n° 51) ne paraît pas admettre cette distinction, qui nous semble cependant imposée par les principes. « Quant au gérant, dit-il, il ne peut pas non plus changer de volonté dans l'intervalle de l'acte à la ratification ; il ne peut pas dégager le tiers de son obligation éventuelle. » Nous

Une autre conséquence nécessaire de la même idée, c'est que le tiers ne peut ratifier que si le contrat conclu par le gérant subsiste encore. Pour qu'il puisse se substituer au promettant, il faut que les contractants n'aient pas modifié la situation qu'ils avaient prise. Or, tant que la ratification n'a pas eu lieu, les contractants peuvent s'entendre pour détruire ce qu'ils ont fait. Ils avaient, par un concours de volonté, formé un contrat qui s'offrait à la ratification d'un tiers, ils peuvent certainement, par un concours de volontés, supprimer ce contrat, sans que le tiers ait le droit de se plaindre (1). Mais il est bien entendu que cette suppression n'est possible que par le concours des deux volontés qui ont contribué à former le contrat. Le promettant ne pourrait pas, de son propre mouvement, retirer sa parole, pas plus que le stipulant ne pourrait rétracter son consentement (2).

113. La ratification n'étant pas autre chose qu'un consentement donné au contrat, elle est soumise aux règles qui régissent tout consentement (3).

comprenons bien que le gérant ne puisse pas détruire tout seul un contrat qui est l'œuvre de deux volontés, mais nous ne voyons pas quel principe s'oppose à ce que les deux volontés qui ont formé le contrat s'accordent pour le dissoudre ; dès lors, nous croyons que le gérant peut dégager le tiers de son obligation éventuelle, pourvu que le tiers y consente.

(1) Dans le cas d'acquisition, la jurisprudence admet que le gérant a entendu acquérir pour lui-même et qu'il peut librement, jusqu'à la ratification, garder l'acquisition pour lui ou en disposer. V. *suprà*, n° 84.

(2) Pour que la ratification produise ses effets, faut-il, depuis

Affranchie en principe de toute formalité solennelle, elle ne doit revêtir des formes particulières que si elle intervient à la suite d'un contrat solennel. C'est ce qui arriverait notamment, si les parents des époux faisaient les promesses et les stipulations contenues dans leur contrat de mariage, en se portant fort de leur ratification. Pour que la ratification des époux fût valable, il faudrait qu'elle intervînt avant la célébration du mariage et qu'elle revêtît les formes exigées par les articles 1396 et 1397 pour les changements au contrat de mariage. Le fait seul du mariage ne constituerait pas une ratification valable, parce que le contrat de mariage est un acte solennel qu'on ne peut ratifier que dans les formes auxquelles il est assujetti pour sa formation. Si les époux se mariaient avant de ratifier leur contrat, la ratification serait désormais impossible, et ils se trouveraient mariés sous le régime de la communauté légale (1).

Il en serait de même pour la ratification d'une acceptation de donation faite par un gérant sans

la loi du 23 mars 1855, qu'elle soit transcrite, du moins quand elle se rapporte à un contrat translatif de propriété ? C'est là une question dont la discussion nous entraînerait trop loin de notre sujet. Nous pencherions à croire, avec M. Labbé (*op. cit.* n° 75), que la transcription n'est pas exigée par la loi, parce qu'elle n'est pas absolument nécessaire. Les tiers sont suffisamment avertis par la transcription du contrat de vente. Du reste, si la loi exigeait la transcription de la ratification, elle devrait fixer un délai pour faire cette transcription, et ce délai n'est pas dans la loi. — En sens contraire, Troplong, *de la Transcription*, n° 129.

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 592, texte 1, notes 1 à 10.

mandat, si l'on admettait que la donation pût être acceptée par l'entremise d'un tiers (1). C'est là une question dans la discussion de laquelle nous n'avons pas le loisir d'entrer, mais, quelle que soit la solution que l'on adopte, tout le monde est d'accord pour reconnaître que la ratification du donataire ne peut avoir effet que du jour où elle est donnée expressément et par acte authentique (2).

114. En principe, la ratification n'est soumise à aucune condition de délai. Elle peut intervenir à une époque quelconque, pourvu que le contrat subsiste encore et n'ait pas été détruit par les parties qui l'avaient formé. Cependant, si cette situation se prolongeait, elle pourrait devenir préjudiciable aux intéressés, surtout en matière d'acquisitions. Tant que le tiers ne s'est pas prononcé sur l'acquisition ou la vente faite en son nom, le bien vendu est frappé d'une sorte d'indisponibilité qui pourrait entraîner des inconvénients sérieux; aussi doit-on permettre aux intéressés de mettre le tiers en demeure de prendre un parti. Cette règle était admise en droit romain (3). Il n'est pas douteux qu'elle doive être également suivie dans notre droit.

115. Enfin l'analyse que nous avons faite de la ratification nous conduit à une dernière distinction

(1) Demante, t. IV, n° 72 *bis*, I.
(2) Marcadé, t. IV, art. 933, n° 2, p. 689.
(3) V. *suprà*, n° 44.

que nous allons étudier en détail dans le paragraphe suivant. Si le principe du droit du tiers ne réside pas dans la ratification, mais dans le contrat fait par le gérant, tous les effets juridiques de la ratification doivent dater du jour où le contrat a été conclu ; en d'autres termes, la ratification doit avoir un effet rétroactif.

§ II.

Effets de la ratification.

116. Les jurisconsultes de tous les temps ont caractérisé les effets de la ratification, en les assimilant à ceux d'un mandat : ratihabitio mandato œquiparatur. « Par la ratification, dit M. Demolombe, les choses sont mises dans les mêmes termes que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat (1). » Cette assimilation n'a rien d'artificiel ni de convenu, elle est parfaitement conforme à la nature de la gestion d'affaire et à la situation que les diverses parties ont prises dans le contrat. Le promettant pour autrui a joué le rôle d'un mandataire ; il a supposé que le tiers lui aurait donné mandat de contracter, si l'absence ou l'ignorance ne l'en avait empêché ; il a considéré le tiers comme son mandant. Le stipulant a consenti à

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 5.

traiter le promettant comme le représentant autorisé du tiers, comme son mandataire ; il a considéré le tiers comme sa partie adverse dans le contrat. Enfin le tiers, en ratifiant, reconnaît que le promettant a eu raison de le représenter, de le faire parler ; il prend sa place, et assume toutes les obligations contractées en son nom ; il accepte le rôle d'un mandant. « L'idée de mandat est donc au fond des esprits et au fond des choses, non comme un fait qu'on présume exister, mais comme un type, une règle à laquelle on rapporte tout ce qui se fait . » Or la conséquence nécessaire de cette idée, c'est que les effets du contrat doivent dater à l'égard du tiers du jour même où il a été conclu, c'est que la ratification doit rétroagir.

Voici un autre caractère de la ratification qui conduit à la même conséquence : elle est l'accomplissement d'une condition suspensive. Quand les contractants ont réuni leurs consentements pour faire naître un droit de créance ou d'obligation dans la personne d'un tiers, ils ont nécessairement subordonné la naissance de ce droit à une condition suspensive, celle de la ratification du tiers. Par conséquent, si le tiers ne ratifie pas, la condition est défaillie et le contrat tombe ; s'il ratifie, le contrat, de conditionnel qu'il était, devient définitif. Cette seconde idée, qui est également au fond des choses, suppose nécessairement que la ratification rétroagit, comme toute condition suspensive accomplie.

117. L'effet rétroactif de la ratification tient donc à son essence et ne peut être contesté; mais, si l'on est d'accord s r le principe, on est loin de s'entendre sur son application. La ratification rétroagit à l'égard des parties, mais rétroagit-elle au préjudice des tiers? La plupart des auteurs répondent négativement, et leur opinion est consacrée par la jurisprudence. En principe, dit-on, la ratification a un effet rétroactif; mais elle ne rétroagit pas si le ratifiant a, dans l'intervalle, constitué des droits auxquels la ratification porterait atteinte ou seulement préjudice ; elle ne rétroagit pas, si le gérant a, dans l'intervalle, constitué des droits analogues ; elle ne rétroagit pas, si celui qui a contracté avec le gérant a, dans l'intervalle, disposé autrement de la chose qu'il avait d'abord aliénée ou hypothéquée au profit de l'absent. « Puisque des exceptions confirment une règle, dit M. Labbé, celle-ci est des mieux confirmées (1). »

118. Nous avons constaté qu'en droit romain, cette distinction entre les droits des parties et les droits des tiers n'existait pas (2). La ratification avait un effet rétroactif absolu, à l'égard de tous; de nombreux textes nous montrent ses effets en conflit avec des droits légitimement acquis par des tiers, et ces droits ne sont pas respectés, ils disparaissent par l'effet de la ratification. Dans les ouvrages des commentateurs du moyen âge, la doc-

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 46.
(2) V. *Suprà*, n° 42.

trine romaine est transformée, dénaturée. La rétroactivité absolue de la ratification disparaît et fait place à la maxime célèbre : *actus medius interveniens, impedit ratihabitionem retrotrahi*, ce qui veut dire que la ratification ne rétroagit pas au préjudice du droit des tiers. Ce fut Bartole qui fut involontairement le père de cette théorie, si contraire à la véritable doctrine romaine. Les mots célèbres que nous venons de rapporter sont tirés d'un de ses ouvrages ; mais, dans la pensée de Bartole, ils étaient destinés à justifier une solution particulière et non pas à formuler une règle générale, car lui-même, dans une autre circonstance, n'a pas hésité à écrire : *actus medius interveniens facto hominis qui impediret negotium geri, non impedit ratihabitionem retrotrahi* (1). »

Quoi qu'il en soit, la malencontreuse formule fut adoptée et généralisée par les commentateurs des siècles suivants. « Il s'établit une merveilleuse unanimité entre les auteurs pour écrire et se transmettre comme des maximes inattaquables que la ratification d'un acte fait pour nous sans mandat, ne rétroagit qu'au préjudice de celui qui ratifie, et ne doit pas nuire aux tiers qui ont acquis des droits dans l'intervalle (2). » « Quod dicitur, dit l'un d'eux (3), consensum aut ratihabitionem retrotrahi,

(1) Bartole, *ad leg.*, 16, *si indebitum*, Dig.. 46, 8.

(2) L'abbé *De la Ratification*, n° 37.

(3) Grivel, *Dolani senatus decisiones, decis.*, 105. — M. Labbé (*de la Ratification*, n° 37) donne une nomenclature complète des

illud verum est quoad præjudicium consentientis et ratificantis, non autem quoad præjudicium tertii cui medio tempore jus est quœsitum.» C'est la contradiction exacte de la doctrine romaine.

Entre ces deux doctrines, quelle était celle qui devait être choisie par le législateur de 1804, et quelle est celle qui doit être appliquée sous l'empire du Code civil ? C'est ce que nous allons rapidement examiner.

119. Remarquons tout d'abord que la théorie romaine avait pour elle les principes et la logique. La ratification équivaut à un mandat antérieur: «ratihabitio mandato æquiparatur. » Par la ratification, les choses sont mises dans le même état que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat. Il est évident que ce principe, dont la vérité n'est pas contestée, ne reçoit pas son entière application, si on réserve les droits des tiers. Les choses ne sont pas mises dans le même état que s'il y avait eu mandat, puisque, s'il y avait eu mandat, les droits concédés à des tiers n'auraient pu prendre naissance.

La ratification est une condition qui suspend l'existence du contrat fait au nom d'un tiers. Si elle s'accomplit, elle doit avoir un effet rétroactif absolu, à l'égard de tous. Je vends ma maison sous une condition suspensive quelconque, et, en atten-

opinions de nos anciens auteurs, qui reproduisent toutes la même idée sous des formes diverses.

dant l'événement, je concède à des tiers des droits réels sur l'immeuble ; ces droits seront-ils respectés par l'effet de la condition suspensive accomplie? Evidemment non : la condition accomplie rétroagit aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties.

Enfin, si l'on reconnaît que la ratification rétroagit à l'égard des parties, sur quelle base juridique peut-on fonder l'exception faite en faveur des tiers? Les tiers dont il est ici question, ce sont ceux qui ont traité avec le ratifiant, avec le gérant ou avec l'autre partie contractante dans l'intervalle du contrat à la ratification, et qui ont stipulé des droits réels sur la chose objet du contrat. « Ce sont des ayants cause en réalité, c'est-à-dire des personnes qui ont accepté, telle quelle, la cause qu'un contrat antérieur avait faite à leur auteur (1). » Après avoir accepté la condition de leur auteur, comment pourraient-ils se soustraire à ses conséquences, en prétendant que la ratification ne doit pas leur nuire? Il est de principe que personne ne peut conférer un droit qu'il n'a pas « nemo dat quod non habet ; » or les diverses parties en cause n'avaient pas le droit qu'elles ont concédé, ou si elles l'avaient, c'était un droit soumis à une condition résolutoire, qui doit s'évanouir par l'accomplissement de la condition : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

120. La théorie qu'on propose d'admettre en

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 54.

droit français n'a donc pour elle, ni les principes, ni la logique: a-t-elle au moins les textes? Pour déroger à des principes aussi formels que ceux que nous venons de rappeler, il faut un texte législatif, et un texte explicite.

On invoque l'article 1338 C. civ., dans sa partie finale: « La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers.* » Mais nous ne croyons pas que cet article soit applicable à la ratification d'un acte accompli par un gérant d'affaires. Il a évidemment été conçu en vue d'une autre hypothèse, la confirmation d'un acte entâché de nullité (1). Placé sous la rubrique « *des actes récognitifs et confirmatifs* », il commence par ces mots : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, etc... » Le paragraphe qu'on invoque se rapporte bien au même ordre d'idées, car il parle d'une confirmation, ou ratification *dans les formes et à l'époque déterminées par la loi.* Or la loi ne prescrit des formes et un délai que pour la confirmation des actes annulables, et non pour la ratification des actes accomplis par un gérant sans mandat. Enfin les travaux préparatoires montrent

(1) V. *suprà*, n° 27.

que les rédacteurs de l'article 1338 entendaient édicter une disposition spéciale à la confirmation des actes entachés d'un vice; il y est toujours question d'une disposition applicable « aux conventions auxquelles on peut reprocher l'erreur, le dol ou la violence, à celles souscrites par des incapables, à celles enfin qui, dans les cas indiqués par la loi, font éprouver de la lésion à l'un des contractants (1). » L'article 1338 est donc étranger à notre sujet. Peut-il être étendu de l'hypothèse qu'il prévoit à celle qui nous occupe? Nous avons montré les différences essentielles qui séparent ces deux cas, et les dispositions exceptionnelles doivent s'interpréter restrictivement. (2)

121. Puisqu'il n'y a pas de texte qui tranche la question, il faut appliquer les principes généraux et soumettre les tiers aux effets de la ratification. Par cela seul que les tiers sont de bonne foi, on ne peut faire fléchir à leur profit des règles formelles. Ils ont acquis un droit résoluble, ils ont reçu de leur auteur une situation précaire, menacée par la ratification; il n'appartient qu'au législateur de les soustraire aux conséquences fâcheuses de cette situation. L'équité, du reste, exigait-elle impérieusement une disposition de ce genre? Il est facile de se convaincre du contraire, si l'on examine de près les divers droits qui peuvent être atteints par la ratification. Pour faire cette démonstration, pre-

(1) Paroles du tribun Mouricault dans l'exposé des motifs.
(2) V. *suprà*, n° 110.

nons successivement les droits conférés pour le ratifiant lui-même, puis les droits conférés par le stipulant et le promettant.

122. I. — *Droits conférés par le ratifiant.* — Il faut signaler d'abord une protection générale que la loi met à la disposition de tous les ayants cause ; c'est le droit que leur confère l'article 1167 d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. On ne peut donc pas dire que le système de la rétroactivité absolue favorise la fraude, puisque le cas de fraude est réservé.

En outre, si la ratification doit avoir un effet rétroactif absolu, il faut reconnaître que, dans certains cas, les droits concédés à des tiers l'empêcheront d'intervenir. Qu'est-ce en effet que la ratification du tiers? C'est son consentement, son adhésion à ce qui a été fait en son som. Par conséquent, pour que cette adhésion puisse avoir lieu, il faut que le tiers, le maître de l'affaire ne se soit pas interdit à lui-même le droit de la faire, en manifestant une volonté contraire. C'est ce qui arriverait incontestablement, s'il avait concédé un droit incompatible avec les effets de la ratification. A la lumière de ces principes, nous allons examiner rapidement les divers cas qui peuvent se présenter.

123. Un gérant a vendu un de mes immeubles, sans mon ordre; postérieurement à cette vente, je vends moi-même l'immeuble à une autre personne,

puis-je ratifier la première vente et détruire ainsi celle que j'ai consentie moi-même? Je ne le puis pas, car, ayant vendu dans la pleine puissance de mon droit de propriété, je me suis enlevé le droit de faire une ratification incompatible avec le droit que j'ai librement concédé (1). Si, au lieu de vendre, je constitue une hypothèque sur l'immeuble, la solution doit être la même: la ratification devant avoir pour effet de détruire le droit d'hypothèque, je suis obligé de m'abstenir (2).

124. Mais supposons maintenant que, dans l'intervalle de la vente à la ratification, une hypothèque légale ou judiciaire vienne à s'asseoir sur tous mes biens: n'ai-je pas le droit de ratifier, et, si je ratifie, la ratification n'aura-t-elle pas pour effet de soustraire l'immeuble vendu à l'hypothèque générale? Ici, le droit acquis au tiers n'est pas incompatible avec les effets de la ratification. Si l'immeuble vendu sort de mon patrimoine, l'hypothèque n'en conservera pas moins son existence. Le créancier hypothécaire perdra sans doute une partie de son gage; mais je n'ai pris aucun engagement envers lui, je n'ai pas renoncé en sa faveur aux facultés qui peuvent diminuer mon patrimoine immobilier, et rien ne prouve que le législateur, en constituant une hypothèque générale, ait voulu me contraindre à renoncer au bénéfice d'un contrat déjà fait pour

(1) Troplong, *de la Transcription*, n° 55.
(2) Labbé, *de la Ratification*, n° 1.

moi, et en mon nom. Je suis donc libre de ratifier, et, si je ratifie, l'immeuble arrivera franc et quitte de toutes charges entre les mains de l'acheteur. Rappelons toutefois que, si je ratifiais dans une pensée malveillante, pour nuire au tiers que la loi favorise, ma ratification pourrait être attaquée comme frauduleuse.

La même solution devrait être admise dans l'hypothèse suivante : un gérant bénévole, empruntant en mon nom, a constitué une hypothèque sur un de mes immeubles, et j'ai ensuite constitué une autre hypothèque sur le même immeuble : puis-je ratifier l'emprunt et la constitution d'hypothèque faite par le gérant? Pour que la question fasse doute, il faut supposer que l'hypothèque constituée par le gérant a été inscrite avant l'autre, car autrement la ratification ne pourrait enlever son rang à cette dernière. Mais, en supposant la première hypothèque inscrite, je puis certainement la ratifier et enlever ainsi le premier rang à celle que j'ai constituée moi-même. Au premier abord, cette solution paraît contraire à l'équité, mais il faut remarquer que l'inscription de la première hypothèque a suffisamment averti mon créancier du danger qu'il courait. S'il avait voulu s'assurer le premier rang, il n'aurait eu qu'à exiger de moi une renonciation à l'exercice de mon droit de ratifier. Il ne l'a pas fait; je ne puis être tenu, pour lui donner le premier rang, de renoncer au bénéfice d'un emprunt avantageux, et de m'abstenir d'exercer un droit

qui n'est pas incompatible avec celui que je lui ai concédé.

On voit que, dans toutes ces hypothèses, les droits des tiers sont sauvegardés, au moins dans la mesure de la stricte équité. Pour leur faire une situation favorisée, il faudrait un texte de loi qui n'existe pas.

125. II. —*Droits conférés par l'un des contractants.* — Pour cette seconde catégorie de droits, la théorie de la rétroactivité absolue est encore plus facile à justifier. Il ne s'agit plus en effet d'ayants cause qui tiennent leurs droits du ratifiant, et qui peuvent, jusqu'à un certain point, lui opposer des actes accomplis par lui-même; il s'agit de tiers qui ont contracté, soit avec le gérant qui est dépourvu de toute espèce de droit, soit avec le contractant qui s'est dessaisi de son droit sur la chose aliénée.

Quelqu'un achète pour moi un immeuble : le vendeur peut-il, tant que je n'ai pas ratifié, disposer de l'immeuble au profit d'un autre, ou l'hypothéquer? Il le peut sans doute, et les tiers qui ont ainsi acquis un droit de propriété ou d'hypothèque n'auront rien à craindre, si je ne ratifie pas l'acquisition faite en mon nom. Mais, si je ratifie, pourront-ils repousser les effets de la ratification? Ce serait un droit exorbitant, car leur auteur n'était propriétaire que sous condition résolutoire, et il n'a pu leur transmettre que des droits soumis à la même chance. Notons qu'ils ne peuvent même pas

invoquer l'ignorance du contrat dont la ratification les dépouille, car, depuis la loi du 23 mars 1855, le contrat ne pourra leur être opposé que s'il a été rendu public en temps utile.

Dans la même hypothèse d'une acquisition faite en mon nom, supposons que c'est le gérant qui a vendu l'immeuble ou constitué une hypothèque, avant ma ratification; ces droits devront-ils être respectés? Pour le décider, il faudrait dénaturer le contrat, et décider que le gérant a voulu acquérir, non pas pour moi, mais pour lui-même. S'il a voulu acquérir pour moi, il est sans droit sur l'objet de l'acquisition; et ne peut, à aucun titre, en disposer. Sans doute, il pourrait s'entendre avec le vendeur pour détruire le contrat qui s'offre à ma ratification et prendre le marché pour lui-même; mais tant qu'il est gérant d'affaire, tant qu'il conserve son rôle de stipulant pour autrui, ce n'est pas lui qui est l'acquéreur, et les droits qu'il concède n'ont aucune valeur. Ici encore, il est bon de rappeler que les tiers sont prémunis contre toute erreur parce que le titre prétendu de leur auteur, qu'ils ont dû se faire représenter, porte pour qui l'acquisition a été faite.

126. En résumé, la théorie de la rétroactivité absolue, exactement conforme aux principes, n'est contraire ni aux textes ni à l'équité. Trompés par une formule maladroitement généralisée, nos anciens auteurs l'avaient abandonnée, mais rien ne

prouve que les rédacteurs du Code civil aient voulu consacrer leur erreur. Dans ces conditions, il nous paraît logique de revenir aux saines traditions du droit romain, plutôt que d'adopter la doctrine dénaturée que défendent les interprètes du moyen âge. « Nous croyons que cette déviation n'est pas un progrès, qu'elle n'est justifiée par aucun motif, et que la raison conseille de faire un retour à cette jurisprudence romaine qui, sur plusieurs points, avait dit le dernier mot de la science du juste et de l'injuste (1) ».

Article II.— De quelques applications de la théorie des promesses et stipulations pour autrui.

127. Nous pourrions considérer notre tâche comme terminée, si nous ne tenions à la compléter, en parcourant quelques applications importantes des règles que nous venons d'étudier. Dans toute science, la théorie n'a de valeur que si elle est contrôlée par les faits, mais, en matière juridique, il serait particulièrement dangereux d'adopter un système, sans le soumettre à ce contrôle nécessaire. Le législateur ne peut pas prévoir et réglementer toutes les conventions qui se forment entre les hommes; les règles qu'il trace doivent s'adapter aux mille combinaisons que présentent les transactions humaines, et, pour savoir si ces règles sont conformes

(1) Labbé, *de la Ratification*, n° 57.

aux principes rationnels, le meilleur moyen est encore d'examiner comment elles fonctionnent dans la pratique. Nous allons suivre cette méthode, en étudiant successivement trois opérations, qui semblent très disparates en apparence : le remploi d'un propre de la femme fait par le mari, la vente faite avec réserve de déclarer command, et l'assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers. Voilà trois actes auxquels il est bien difficile d'attribuer une base juridique satisfaisante, si on n'admet pas le système que nous avons cru devoir adopter sur les promesses et stipulations pour autrui.

§ I^er^.

Remploi d'un propre de la femme.

128. Lorsque la femme, mariée sous le régime de communauté vend un de ses propres, le prix de l'immeuble vendu tombe dans le patrimoine de la communauté, qui en devient débitrice envers la femme (1); mais la loi permet au mari d'acquitter par avance la dette de la communauté, en faisant acquérir à la femme un autre immeuble, qui, par une sorte de subrogation, prend la place et la qualité du propre vendu; cette question s'appelle le rem-

(1) La communauté est usufruitière des propres de chacun des époux; par conséquent, si un propre est vendu, la communauté devient usufruitère du prix, ce qui équivaut à un droit de propriété.

ploi. Nous n'avons pas à faire ressortir son utilité. Devenir propriétaire d'un immeuble, au lieu d'avoir une simple créance en reprise contre la communauté, c'est pour la femme un avantage évident : comment peut-il se réaliser? Le mari a deux procédés à sa disposition. Si le mari possède lui-même un immeuble propre, ou si le patrimoine de la communauté comprend un immeuble (1), il peut l'offrir à sa femme pour remplacer celui qu'elle a vendu, et, si la femme accepte, le remploi s'opère (art. 1595 C. civ.). Dans ce premier cas, l'opération n'est pas difficile à caractériser, et tous les auteurs sont d'accord sur sa nature; c'est une *datio in solutum* que le mari fait à sa femme, pour acquitter une dette de la communauté (2). Mais tel n'est pas le procédé le plus commode et le plus usuel. Ordinairement, le mari achète un immeuble, qui est destiné à entrer dans le patrimoine de la femme, pour remplacer le propre vendu; c'est l'opération qui est prévue et réglementée par l'article 1435 du Code civil. Elle doit, pour produire son effet, réunir deux conditions : il faut que le mari déclare, au moment du contrat, que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble,

(1) L'art. 1595 ne prévoit que l'hypothèse, dans laquelle le mari cède à la femme un de ses propres en paiement d'une récompense que la communauté doit à cette dernière; mais le mari doit avoir, à plus forte raison, le droit de donner à sa femme, dans le même but, un bien de communauté (Labbé, *de la Ratification*, n° 82.)

(2) Labbé, *de la Ratification*, n° 100. — Rodière et Pont.

vendu par sa femme, et pour lui servir de remploi (1); il faut, en outre, que ce remploi soit formellement accepté par la femme.

Cette seconde forme du remploi a donné lieu à de sérieuses controverses. Quelle est la nature de l'opération faite par le mari? Quels sont les effets produits par l'acceptation de la femme? Ces deux questions sont étroitement liées l'une à l'autre, car les effets de l'acceptation varient suivant la nature de l'acte à la suite duquel elle se produit. Les auteurs ne sont pas d'accord sur les solutions qu'il convient de leur donner.

129. I. — *Offre de datio in solutum.* — D'après un premier système, aujourd'hui presque abandonné, l'opération que nous venons de décrire ne serait pas autre chose qu'une *datio in solutum*, offerte par le mari à sa femme, comme dans le cas prévu par l'article 1595. L'immeuble acquis par le mari deviendrait un conquêt de communauté; la femme

(1) On discute la question de savoir si la double déclaration est exigée pour le remploi d'un propre de la femme. La combinaison des art. 1434 et 1435 ne nous paraît pas pouvoir laisser de doute sur ce point ; ils ne font, du reste, que reproduire les décisions de nos anciens auteurs, qui exigeaient tous la double déclaration pour le remploi d'un propre de la femme. — Duplessis, *sur Paris*, au titre de la *Communauté de biens* (éd. 1754), p. 447. — Lebrun, (éd. 1754), p. 368, n° 69. — Pothier, *de la Communauté*, n° 199. — D'Aguesseau, 27e plaidoyer. — Denizart, *v° Remploi.* — Dans ce sens, Aubry et Rau, t. V, § 507, note 71. — Troplong, *Contr. de mar.*, t. II, n° 1061, 1117 et 1122. — *Contrà*, Rodière et Pont, t. I, n° 663. — Marcadé, art. 1434 et 1435, n° 3.

serait libre de l'accepter en remploi ; si elle acceptait, elle tiendrait l'immeuble, non pas du vendeur, mais de la communauté. Nous verrons que cette conception du remploi n'est pas conforme aux idées de nos anciens auteurs. Comment avait-elle pu s'accréditer? par une erreur de Tronchet qui, dans la discussion au conseil d'Etat, avait dit que l'immeuble acheté en remploi était « conquêt de communauté, tant que l'acceptation de la femme ne lui avait pas donné la qualité de propre » (1).

Il suffit, pour écarter ce système, de signaler ses conséquences, qui seraient désastreuses pour les époux. Si l'immeuble acquis en remploi était conquêt de communauté jusqu'à l'acceptation de la femme, l'opération du remploi se décomposerait en deux parties distinctes, une acquisition pour le compte de la communauté, une aliénation de cette dernière à la femme. Il y aurait donc une double translation de propriété : ne pourrait-on pas craindre que l'administration de l'Enregistrement voulût en profiter, pour exiger deux droits de mutation? En outre, si l'acceptation de la femme n'était que l'acceptation d'une offre, elle ne pourrait pas rétroagir, car il est de principe que la déclaration de volonté, source initiale d'une convention, n'a pas d'effet rétroactif. De là, nécessité pour la femme, ou de refuser le remploi, ou de subir tous les droits réels qui auraient

(1) Fenet, t. XIII, p. 563. — Rodière et Pont, t. I, n° 674. — Troplong, contrat de mariage, t. II, n° 1136.

pu frapper l'immeuble pendant son passage dans la communauté. Voilà un danger qui transformerait complètement le caractère du remploi, et en ferait, dans bien des cas, une opération périlleuse, ou presque impossible. Supposons que les biens du mari soient grevés d'hypothèques générales : il ne pourra faire une acquisition en remploi, sans que l'immeuble ne soit affecté de ces hypothèques, et la femme acceptante devra nécessairement les supporter. Ce résultat est inévitable. La femme ne peut l'empêcher de se produire, en acceptant dans le plus bref délai, car, toujours, l'acquisition aura eu le caractère d'un conquêt de communauté, au moins pendant un instant de raison, et toujours les hypothèques légales et judiciaires qui grèvent les biens du mari auront eu le temps de frapper l'immeuble.

On comprend qu'avec des inconvénients pratiques aussi graves, le système de la *datio in solutum* n'ait pas pu se maintenir dans la doctrine. Il n'est pas du reste mieux justifié en théorie qu'en pratique. Il suffit d'analyser l'opération du remploi pour apercevoir combien la double translation qu'on y voudrait distinguer est éloignée de la vérité des faits. Le mari est tenu de déclarer que l'immeuble est acquis en remploi pour sa femme, c'est-à-dire destiné à entrer dans le patrimoine de la femme. Comment soutenir que l'acquisition est faite pour la communauté, qui la transmettra ensuite à la femme acceptante? De plus, quelle serait l'utilité de cette décla-

ration, si la femme ne devait devenir propriétaire qu'au moment de l'acceptation? Si l'acceptation devait rétroagir, si la femme devait tenir ses droits du vendeur et devenir propriétaire au moment de la vente, on comprendrait la nécessité d'avertir les tiers, de les mettre en garde contre l'éventualité d'une ratification et de leur indiquer la véritable destination de l'immeuble vendu. Mais, si la femme doit tenir ses droits de la communauté, si elle doit respecter les droits réels constitués par le mari, on ne voit plus dans quel but la loi pourrait obliger ce dernier à prévenir des tiers, dont les droits devront, dans tous les cas, être sauvegardés. Or nous savons que l'article 1434 exige, pour que le remploi s'opère, la double déclaration de l'origine des deniers et de la destination de l'immeuble (1). Ce système est donc inadmissible. Il n'est guère justifié que par les paroles échappées à Tronchet, mais, sans manquer de respect à la mémoire de ce jurisconsulte, ne peut-on pas affirmer avec M. Labbé qu'il s'est gravement trompé (2)?

130. II. *Gestion d'affaires.* Tout s'explique au contraire, tout est simple et logique, si l'on considère

(1) Duranton, 4 éd., t. XIV, nos 393, 396. — Toullier, t. XII, no 360. — Ces auteurs admettent simultanément la nécessité de la double déclaration, et le système de la *datio in solutum* : il paraît difficile de concilier ces deux propositions. D'autres auteurs, admettant la seconde proposition comme démontrée, ont critiqué la première. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, nos 507, 511.

(2) Labbé, *de la Ratification*, no 97.

le mari comme ayant fait une acquisition pour autrui, un acte de gestion d'affaires. S'il est tenu de déclarer la provenance des deniers et la destination de l'immeuble, c'est que les tiers doivent être avertis du rôle qu'il joue dans le contrat. Simple gérant d'affaires, il n'a pas le droit de disposer de l'acquisition, et les droits réels qu'il pourrait consentir sont menacés par la ratification de la femme. Le remploi n'est parfait que s'il est accepté : c'est une règle commune qui s'applique à toutes les acquisitions pour autrui, et plus généralement à tous les actes de gestion d'affaires qui ne présentent pas un caractère de nécessité. « En matière d'acquisition à titre onéreux, on ne peut pas dire : l'acte du gérant était un acte évidemment utile et que tout bon administrateur aurait fait, l'utilité reconnue équivaut au mandat, comme on peut le dire d'un paiement, d'une réparation urgente, de tout ce qui a pour but la conservation de notre fortune acquise, tout ce qui est une suite raisonnable d'actes accomplis. Chacun a ses idées, ses plans sur l'emploi de sa fortune, et un ami officieux ne saurait m'imposer un placement en fonds bâtis, lorsque je préfère les prés, les bois, les terres arables. La ratification est en ce cas entièrement libre (1). » L'acquisition faite par le mari en remploi pour sa femme subit le sort commun à tous les actes accomplis sans mandat. La loi n'a pas cru devoir instituer le mari mandataire légal à l'effet d'acquérir pour

(1) Labbé, *du Remploi* (*Revue pratique*, 1857), t. I, p. 61.

sa femme : il faut que celle-ci ratifie, sinon l'immeuble n'entre pas dans son patrimoine (1).

131. Étant donnée cette conception du remploi, tous les inconvénients signalés dans le système de la *datio in solutum* disparaissent. Si la femme accepte l'opération, elle est censée avoir elle-même traité avec le vendeur, c'est de lui qu'elle tient sa propriété, il est bien impossible de frapper sa ratification d'un nouveau droit d'enregistrement. La ratification rétroagit jusqu'au jour du contrat, effaçant tous les droits réels qui auraient pu grever l'immeuble du chef du mari ou du vendeur.

Mais, dira-t-on, le vendeur a évidemment voulu faire une vente définitive, il ne s'est pas préoccupé de la destination de l'immeuble, il n'a vu que le mari, n'a traité qu'avec lui, et on ne peut pas dire qu'il ait soumis son aliénation à la condition suspensive de la ratification de la femme. Sans doute, le vendeur s'est préoccupé avant tout d'avoir un acquéreur, mais, quelle que soit la décision de la femme, ce résultat est dès à présent assuré. Nous avons déjà signalé des contrats qui contiennent, sous une alternative, une stipulation pour autrui et une stipulation pour soi-même. Or nous rencontrons ici une application de la même idée. Comme le caractère particulier qui doit frapper l'immeuble importe peu au vendeur, il est tacitement convenu

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n° 79 *bis*, XVI. — Laurent, *Principes*, t. XI, n° 371.

entre lui et le mari que la vente aura son effet dans tous les cas. Si la femme ratifie, c'est elle qui sera censée avoir été acquéreur dès le jour du contrat. Si elle ne ratifie pas, le mari gardera le marché, comme s'il avait acquis uniquement pour lui-même. En d'autres termes, le mari achète à la fois, sous une alternative, pour sa femme et pour lui-même, pour sa femme, si elle ratifie l'opération, pour lui-même si elle ne consent pas à la prendre pour son compte (1). On voit que le vendeur est, dans tous les cas assuré, d'un marché ferme : l'incertitude ne plane que sur l'individualité de l'acquéreur.

Mais les droits des tiers ne seront-ils pas injustement sacrifiés, si on reconnaît à l'acceptation de la femme un effet rétroactif? Ils seront sacrifiés, mais non pas injustement, car ils peuvent connaître la situation des parties et leurs droits respectifs en se faisant représenter le titre d'acquisition : la double déclaration qui doit y être insérée les met suffisamment en garde contre toute imprudence. On dit que la propriété de l'immeuble acquis en remploi va ainsi demeurer incertaine, au grand détriment des intérêts publics et privés. On a fait remarquer avec raison qu'il ne faut pas exagérer les dangers de cette incertitude (2). Elle serait surtout périlleuse, si la situation de l'immeuble n'était pas apparente, mais les tiers ont toutes facilités pour se renseigner. Du reste, il existe un moyen d'y mettre fin,

(1) Pothier, *de la Communauté*, n° 200.
(2) Labbé, *de la Ratification*, n° 104.

c'est d'obliger la femme à se prononcer (1). On peut la mettre en demeure de prendre parti, en lui accordant le temps moralement nécessaire pour apprécier les avantages et les inconvénients de l'opération. C'est là une règle générale en matière de ratification, et rien ne prouve qu'on ne puisse pas l'appliquer à l'acceptation de la femme (2).

132. Enfin, on peut faire valoir un argument décisif en faveur du système que nous venons d'exposer ; il est entièrement conforme aux idées de nos anciens auteurs. M. Labbé, dont les savants travaux ont jeté une lumière si vive sur ces questions, attribue une grande importance à la tradition historique en matière de contrat de mariage. « Notre législateur, dit-il (3), a fait en cette partie fort peu d'innovations. L'état des personnes, les droits réels, les successions et les donations ont subi des changements d'organisation sociale. Mais le contrat de mariage a toujours été, surtout en pays de coutume, et reste encore plus aujourd'hui abandonné presque entièrement à la volonté des particuliers. Il s'est, moins que toute autre matière, ressenti des révolutions politiques, et la prudence ingénieuse des parents pour les intérêts de leurs enfants et de leur famille à venir, a depuis long-

(1) Si elle ne s'est pas prononcée avant la dissolution de la communauté, elle est déchue de son droit, et l'opération lui reste étrangère. — Rodière et Pont, t. I, n° 509. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 79 *bis*, XVII. — Laurent, t. XV, n° 375.

(2) Pothier, *de la Communauté*, n° 200.

(3) Labbé, *de la Ratification*, n° 85.

temps tout prévu, tout imaginé, tout combiné avec la plus admirable sagesse. La tâche du législateur était de consulter le passé. » Or, si nous consultons les maîtres de l'ancienne doctrine, ils nous répondent sans hésiter que le mari qui fait une acquisition pour remployer un propre de sa femme joue le rôle d'un gérant d'affaires. C'est l'opinion de Pothier. « Pour qu'un héritage ou autre immeuble acquis par le mari, avec déclaration que c'est pour tenir lieu de remploi à sa femme soit propre de subrogation, il faut, à la vérité, que cette déclaration soit portée au contrat d'acquisition; mais il n'est pas de même nécessaire que le consentement que la femme doit donner à ce remploi soit donné par le contrat, ni dans le même temps; la femme peut le donner *ex intervallo*; et en attendant ce consentement de la femme, la déclaration faite par le mari par le contrat d'acquisition que l'héritage est acquis pour tenir lieu de remploi des propres de la femme, tient en suspens l'état et la qualité de cet héritage. Si la femme ratifie et consent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif suivant la règle du droit : *ratihabitio mandato comparatur* (L. 152, D., 50, 17.), l'héritage sera censé avoir été dès l'instant de son acquisition acquis pour tenir lieu du remploi de sa femme, et avoir toujours été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation (1). » D'Aguesseau était du

(1) Pothier, *de la Communauté*, n° 200.

même avis. « Cette ratification, dit-il, a un effet rétroactif au temps de l'acte. S'il en est ainsi par rapport à celui qui gère seulement les affaires d'autrui, à plus forte raison à l'égard du mari qui est censé le procureur de sa femme (1). »

133. III. *Offre de subrogation.* — Le troisième système, brillamment développé par M. Mourlon (2), admet presque tous les résultats pratiques de la gestion d'affaires. Il veut éviter la double mutation de propriété que suppose le système de la *datio in solutum*. Il veut même que l'acceptation de la femme rétroagisse au jour de l'acte, mais il limite cet effet rétroactif. D'après lui, la femme acceptante reçoit l'immeuble franc et quitte des hypothèques générales qui grèvent les biens du mari, mais elle doit supporter les hypothèques conventionnelles, et le mari reste libre de prendre pour lui l'acquisition, tant que sa femme ne s'est pas prononcée. Comment concilier ces décisions?

Elles sont injustifiables, si on considère le mari comme ayant acquis pour sa femme. Le gérant d'affaire n'a pas le droit de disposer de la chose acquise au nom d'autrui ; il n'est qu'un intermédiaire, un représentant, il n'est pas acquéreur. Sans doute, il y a dans notre hypothèse cette circonstance que le mari est acquéreur éventuel, pour

(1) D'Aguesseau, 27e plaidoyer.

(2) Mourlon, *Revue pratique*, 1857, t. I, p. 58. — Dans le même sens : Aubry et Rau, t. V, § 507, texte n° 3, note 77.

le cas où sa femme refuserait de ratifier ; mais il n'est pas libre de transformer ce droit éventuel, soumis à l'événement d'une condition, en un droit de propriété définitif, irrévocable ; il doit attendre la décision de sa femme. Aussi, les partisans de ce système repoussent-ils l'idée d'une gestion d'affaires. D'après eux, le mari acquiert pour lui-même, ou plus exactement pour la communauté ; seulement, par la déclaration qu'il doit faire dans l'acte d'acquisition, il offre à sa femme de lui passer l'immeuble, en la subrogeant à tous ses droits. Il fait une offre de subrogation.

Partant de cette idée, on comprend que le mari conserve le droit de disposer de l'acquisition, puisqu'on suppose qu'il acquiert principalement pour lui-même, et subsidiairement pour sa femme. La déduction est logique, et n'a que le tort d'être contraire à la réalité des choses ; le mari qui, achetant un immeuble, déclare formellement que cet immeuble doit servir de remploi à sa femme, c'est-à-dire devenir propre de sa femme, entrer dans son patrimoine, affirme aussi énergiquement que possible son intention d'acquérir pour elle, et non pour lui-même (1). Mais ce raisonnement ne parvient pas à justifier l'effet rétroactif de l'acceptation. Si l'acquisition est entrée dans le patrimoine de la communauté, elle a dû être immédiatement grevée des

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n° 79 *bis*, XV.

hypothèques générales existant sur les biens du mari. Pour la soustraire à cette empreinte inévitable, il n'y a qu'un moyen, c'est de la faire entrer directement dans le patrimoine de la femme, sans passer par celui de la communauté. Or ce résultat n'est possible que si le mari acquiert pour sa femme, en qualité de gérant d'affaires (1).

133 *bis*. Mais ces efforts de raisonnement ont-ils pour but de remédier à un inconvénient sérieux ? M. Mourlon a soulevé contre le système de la gestion d'affaires une objection qui lui paraît très grave. Si, pendant que la femme délibère, l'immeuble acheté par le mari vient à périr fortuitement, qui supportera cette perte ? Ce ne peut être le vendeur, car il a voulu faire une vente définitive, et transmettre immédiatement la propriété de la chose vendue. Ce n'est pas non plus la femme, car, tant qu'elle ne s'est pas prononcée, elle reste étrangère à l'opération. C'est donc la communauté. Or, pour que la chose soit aux risques de la communauté, il faut qu'elle lui appartienne. Le mari a donc le droit d'en disposer à son gré, et d'empêcher le remploi, en révoquant l'offre implicite que renferme l'acquisition. Décider autrement, serait consacrer une inconséquence inadmissible (2).

L'objection n'est pas difficile à réfuter, car cette

(1) Mourlon, *de la Transcription*, etc., *Rev. prat.*, 1857, t. I, p. 67, 68.

(2) MM. Aubry et Rau reconnaissent que leur système n'est pas absolument logique, car ils croient devoir noter « qu'on aurait tort de vouloir appliquer les règles du droit commun à l'opéra-

conséquence, présentée comme inadmissible, s'impose nécessairement dans toute acquisition pour autrui. Un gérant achète un immeuble pour un tiers : ce n'est jamais le tiers qui supporte la perte survenue avant sa ratification ; c'est toujours, ou bien le vendeur, ou bien le gérant. C'est le vendeur, lorsqu'il s'est contenté de vendre, sous condition de ratification. C'est le gérant, lorsqu'il a été convenu qu'il garderait le marché pour lui-même, au cas où le tiers refuserait de ratifier. Dans ce dernier cas, peut-on dire que le gérant est propriétaire? Il ne l'est pas, tant que le tiers ne s'est pas prononcé, mail il le devient, si la chose vient à périr, parce que le tiers se garde bien de ratifier. C'est une chance à courir, une menace inévitable, parce qu'elle découle nécessairement du rôle que le gérant a librement assumé. S'il veut la faire cesser, il doit mettre sa femme en demeure de ratifier. S'il ne veut pas l'encourir, il n'a qu'a la faire intervenir dans l'acte d'acquisition, ou à se faire constituer mandataire, car, dans ce dernier cas, la femme devient immédiatement propriétaire, et toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, de l'opération se réalisent directement dans sa personne.

En résumé, l'acquisition en remploi, faite par le mari pour sa femme, constitue une acquisition pour autrui, qui est régie par les règles de la gestion d'affaires.

tion dont s'occupe l'art. 1435, opération d'une nature complexe et toute particulière. » (t. V, § 507, note 77.)

§ 2.

Vente avec faculté de déclarer command.

134. « Dans toute vente, volontaire ou judiciaire, celui qui se rend acquéreur, peut déclarer qu'il achète pour lui ou pour un autre qu'il se réserve de nommer ultérieurement ; l'acte postérieur par lequel il fait connaître ce dernier, s'appelle *déclaration de command* ou *élection d'ami* ; l'ami ou le command demeure propriétaire de la chose achetée, et l'acquéreur primitif est censé ne l'avoir jamais été (1). » Nous n'avons pas à rechercher l'origine de cette faculté, ni à retracer ses développements historiques (2). Consacrée par l'usage, elle n'est pas réglementée par le Code civil, mais elle est reconnue par divers textes législatifs (3). Nous nous bor-

(1) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 1915.

(2) D'après le président Favre, elle devrait son origine à la répugnance que les personnes des classes élevées éprouvaient à voir leurs noms figurer dans les ventes publiques. Etendue aux ventes privées, elle se développa dans la lutte que les praticiens soutenaient contre les droits seigneuriaux ; elle servait à ménager à l'acquéreur une revente déguisée sous l'apparence d'une acquisition pour autrui. Pour l'histoire de la déclaration de command., voir Merlin, v° *Command.* Répert. — Demolombe, *Obligations*, t. I, n° 242. — Championnière et Rigaud, *op. cit.*, t. IV, n° 1910 et suiv. — Troplong, *Vente*, I, n° 64 et s. — Dalloz, v° *Enregistrement*, n° 2539.

(3) Lois des 5 décembre 1790 et 13 septembre 1791 ; loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n° 4, et § 7, n° 3 ; loi du 28 avril 1816, art. 44, 3°.

nerons à rechercher quelle base juridique il convient de lui assigner.

135. Si on analyse l'opération faite par l'acquéreur qui achète en se réservant de déclarer command, on y découvre une analogie frappante avec l'hypothèse que nous venons d'étudier tout à l'heure. Dans le remploi fait par le mari au nom de sa femme, nous avons constaté qu'il y avait, sous une alternative, une acquisition pour autrui et une acquisition pour soi-même. Ici, nous retrouvons la même alternative. L'acquéreur achète pour un tiers qu'il se réserve de nommer plus tard, mais le vendeur est assuré de faire une vente définitive, car, si le tiers ne ratifie pas, l'acquéreur gardera le marché pour lui-même. Relevons cependant une différence notable entre les deux cas. Le mari qui fait une acquisition en remploi pour sa femme nomme dans l'acte même la personne pour laquelle il contracte. Tout au contraire, l'acquéreur qui se réserve la faculté de déclarer command, ne révèle pas le nom de la personne au profit de laquelle il achète, et de son silence peuvent découler des conséquences importantes.

L'acquéreur, le *commandé*, fait une véritable stipulation pour autrui; il joue le rôle d'un représentant, mandataire ou gérant d'affaires. Cela est évident, puisqu'il contracte ou est censé contracter sur l'ordre d'un tiers, dont il fera plus tard connaître le nom. Par conséquent, si le tiers ratifie

l'acquisition, les choses se passent comme s'il avait contracté lui-même: l'acquéreur s'efface, le tiers prend sa place, et sa ratification rétroagit au jour du contrat. Si, au contraire, le tiers refuse de ratifier, le stipulant est tenu de garder l'acquisition pour son compte, car il a également stipulé pour lui-même. Ce sont identiqement les mêmes règles que celles que nous avons appliquées à l'hypothèse du remploi.

Mais voici une différence remarquable. Tandis que le mari, comme tout gérant d'affaires, n'a pas le droit de prendre pour lui l'acquisition, tant que sa femme ne s'est pas prononcée, le *commandé* peut, en s'abstenant de faire la déclaration, s'approprier les effets du contrat. C'est une dérogation grave aux principes de la représentation, mais elle est commandée par la force des choses. Comment pourrait-on forcer l'acquéreur à déclarer un nom que lui seul connaît? Il est parfaitement libre de se taire, et il n'existe pas de pouvoir humain qui ait le droit de le faire parler. Or, s'il est impossible de connaître le nom du véritable intéressé, il faut bien forcément laisser à l'acquéreur les bénéfices du contrat. C'est une conséquence nécessaire du secret, qui est l'essence même de l'opération.

136. Mais faut-il maintenir cette conséquence exceptionnelle, quand le secret a disparu? Si l'acquéreur déclare le nom du véritable intéressé, demeure-t-il libre de supprimer sa déclaration,

tant qu'elle n'est pas ratifiée, et d'enlever ainsi au tiers le bénéfice de l'acquisition? M. Mourlon semble le croire. « Tout le monde sait, dit-il (1),que la faculté de la déclaration de command ne lie en aucune façon l'acheteur qui se l'est réservée, et qu'ainsi elle est révocable même après qu'il a désigné la personne qu'il entend mettre en son lieu et place, tant que la personne désignée n'a pas accepté l'offre de subrogation qui lui est faite. » C'est encore l'idée dont nous avons essayé de démontrer l'inexactitude dans le paragraphe précédent. Elle n'est pas plus exacte pour la déclaration de command que pour le remploi. Déclarer un *command*, c'est désigner une personne dont on se reconnaît le mandataire et dont on s'est constitué le gérant d'affaires (2). Sans doute, dans la réalité des faits, une semblable opération aura souvent pour but de déguiser une revente; mais, puisque la loi, fermant les yeux, traite le command comme ayant été représenté, il faut bien lui appliquer les règles de la représentation. Or, il est de principe que le représentant ne peut enlever au représenté le bénéfice des acquisitions faites en son nom. Tant que le *commandé* n'avait pas déclaré le nom du représenté, il était libre de donner à l'acquisition telle destination qui lui convenait, parce qu'on était dans l'im-

(1) Mourlon, *de la transcription*, p. 69.

(2) Quand la personne désignée ratifie, elle n'accepte pas la déclaration de command, comme on accepte une offre; elle adhère au contrat, elle consent à acquérir du tiers vendeur et non pas de l'acheteur.

possibilité de le faire parler. Ce qui prouve bien que tel est le motif de la liberté de fait dont il jouit, c'est que, s'il y avait un moyen de connaître le véritable intéressé, la liberté disparaîtrait : si, par exemple, il était mandataire, et que le mandant en produisît la preuve pour se faire attribuer le bénéfice de l'opération, on se passerait de sa déclaration; un jugement en tiendrait lieu au besoin, et l'acheteur disparaîtrait comme un pur intermédiaire. Par conséquent, dès que le nom du véritable intéressé est connu, l'acquéreur perd la liberté de fait que lui assurait le secret, il rentre dans le droit commun, et doit être soumis aux règles ordinaires de la gestion d'affaires (1).

§ 3.

Assurance sur la vie au profit d'un tiers.

137. Il n'est pas facile de donner une définition scientifique de l'assurance sur la vie. Nous n'essayerons pas d'énumérer toutes celles qui ont été proposées par les auteurs, et encore moins tenterons-nous de résoudre un problème devant lequel de plus compétents ont échoué, ou mal réussi (1). Mais, si cette

(1) Labbé, *du Remploi*, *Rev. prat.*, 1857, t. II, p. 56.

(2) Pour la nature juridique de l'assurance sur la vie, voir : Alauzet, *Traité gén. des assur.*, t. II, n° 533. — Reboul, *Assurances sur la vie*, ch. VIII. — De Montluc, *Assurances sur la vie*,

convention, relativement nouvelle (1), semble échapper à la définition, il est moins difficile d'analyser son fonctionnement pratique. Un individu veut garantir sa famille contre le préjudice pécuniaire que lui causera sa mort : comment s'y prend-il? Il fait avec une compagnie d'assurances la convention suivante : moyennant le paiement d'une prime, calculée sur des bases que nous n'avons pas à examiner (2), la compagnie s'engage à lui verser, ou plutôt à verser à sa succession un capital déterminé, 100,000 francs par exemple. C'est le contrat d'assurance sur la vie, le seul dont nous ayons à nous occuper ici (3). On a discuté sa légalité, pour des motifs que nous n'avons pas le loisir d'énumérer; ces controverses, du reste, n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif, car l'existence et la validité du contrat d'assurance sur la

ch. III. — Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 169. — Labbé, *Notes sur arrêts.*—Sirey, 1877, I, 393.— 1880, II. 441.—Senès, *Moniteur des assurances*, 72, 73. — Adam, *Étude sur la nature du contrat d'assurance sur la vie.* — Couteau, *Traité des assur. sur la vie*, t. I, n. 170, et suiv. — Taudière, *Des assurances sur la vie dans le mariage*, th. doct., ch. III.

(1) Inconnue des Romains, cette convention était prohibée au moyen âge, et ce n'est guère qu'au commencement du XVIII[e] siècle qu'elle prit pied en Angleterre, par la fondation de l'*Amicable Society* (1706). Elle se développa rapidement en Angleterre ; elle est aujourd'hui pratiquée dans le monde entier, mais la France est encore l'un des pays où elle a pris le moins d'extension.

(2) Les primes sont calculées au moyen de tables de mortalité, dont la statistique fournit les éléments.

(3) Les Compagnies d'assurances font d'autres opérations : rentes viagères, asurances en cas de vie.

vie ont été reconnues à plusieurs reprises dans des textes législatifs (1).

138. Qu'est-ce que l'assurance contractée au profit d'un tiers? Lorsqu'un individu veut assurer contre le préjudice de sa mort, non plus sa famille tout entière, ou plus exactement ceux qui recueilleront sa succession, mais une personne déterminée, qui est intéressée à la conservation de son existence; il fait une convention analogue à celle que nous venons de décrire, mais il stipule que le capital dû par la compagnie sera versé entre les mains d'un tiers, désigné dans le contrat. C'est le tiers qui devient créancier de la compagnie d'assurance, il est assuré. La compagnie s'engage envers lui, elle est assureur. Quant à l'individu qui a fait la convention, il n'est ni débiteur, ni créancier; il est preneur d'assurance au profit d'un tiers.

Étant donnée cette analyse de l'opération, son caractère juridique apparaît avec évidence; aussi tous les auteurs sont-ils d'accord sur ce point : c'est une stipulation pour autrui. Le preneur d'assurance et la compagnie font un contrat qui est destiné à produire ses effets dans la personne d'un tiers, à faire naître sur sa tête un droit de créance; ils font un contrat pour autrui. Or, comme dans l'opinion généralement admise, la stipulation pour autrui est nulle, on devrait logiquement en con-

(1) Loi du 5 juin 1850, art. 37, § 3. — Loi du 27 juillet 1867, art. 66. — Loi du 21 juillet 1868. — Loi du 23 juin 1875, art. 6 et 7.

clure que l'assurance sur la vie au profit d'un tiers ne doit pas être sanctionnée par les tribunaux. Elle ne peut produire effet à l'égard du stipulant, du preneur d'assurance, car il n'a pas d'intérêt pécuniaire à ce que le capital soit versé entre les mains de l'assuré. Elle ne peut produire effet à l'égard du tiers, car, en vertu de l'art. 1119 C. civ., elle est à son égard *res inter alios acta*. Voilà un raisonnement auquel il est impossible d'échapper, si on admet que l'article 1119 maintient dans notre droit la nullité des stipulations pour autrui, tant à l'égard du tiers qu'à l'égard du stipulant (1). Pour être logique, il faudrait en conclure qu'il est impossible de contracter une assurance au profit d'un tiers.

Cependant cette convention est éminemment utile. On peut dire même qu'elle est le seul moyen de réaliser sûrement le but de l'assurance sur la vie. Que veut en effet celui qui contracte une assurance sur la vie, le père de famille prévoyant qui veut garantir ceux qu'il doit laisser après lui contre la perte pécuniaire que leur causera sa mort ? Il veut leur faire arriver sûrement, sans danger de ruine, une capital qui les indemnisera de leur perte. S'il contracte l'assurance au profit de l'une de ces personnes déterminées, et si la convention est valable, le but poursuivi est pleinement atteint. C'est la personne assurée, c'est-à-dire la personne lésée par sa mort, qui touchera l'indemnité. La somme versée par la compagnie entrera directement dans son

(1) De Montluc, *des Assurances sur la vie*, ch. v, p. 101.

patrimoine, sans passer par celui du preneur d'assurance, et les créanciers de ce dernier n'auront aucun droit sur un capital qui ne fait pas partie de leur gage. Si, au contraire, l'assurance au profit d'un tiers est interdite, en vertu de l'article 1119, le père de famille n'a plus à sa disposition que l'assurance au profit de ses ayants cause : le capital versé entrera dans sa succession et servira de gage à ses créanciers. Frappés de ces considérations, les tribunaux ont toujours validé les contrats d'assurances sur la vie au profit d'un tiers, mais il est curieux de voir à quels efforts de raisonnement ils ont dû recourir pour échapper aux conséquences de la doctrine, adoptée par eux en matière de promesses et stipulations pour autrui.

139. Ils ont argumenté de l'article 1973 C. civ. D'après cet article, on peut constituer une rente viagère au profit d'un tiers. Or, dit-on, le contrat d'assurances sur la vie et la constitution de rente viagère présentent une frappante analogie ; on peut donc appliquer à la matière des assurances la disposition exceptionnelle de l'article 1973. C'est le système qui a été soutenu par M. l'avocat général Onofrio devant la cour de Lyon, et consacré dans un arrêt célèbre (1) : « J'ai cherché tout à l'heure, disait l'avocat général, une analogie avec la rente viagère. Cette analogie, je la retrouve ici ; l'article 1973 autorise la constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers. De

(1) Lyon, 2 juin 1863. — Sirey, 1863, 2, 202.

même que je puis, en payant immédiatement un capital, assurer à un tiers le paiement d'une rente viagère après mon décès, de même je puis, en payant une prime pendant ma vie, assurer après mon décès le paiement d'un capital à un tiers. Il y a là un acte plus complexe que le premier, il y a un contrat onéreux entre la compagnie et moi, il y a de plus une libéralité de ma part envers le tiers bénéficiaire. Le contrat onéreux et la libéralité ne sont-ils pas également licites? » Nous ne méconnaissons pas l'analogie qui existe entre la constitution d'une rente viagère et l'assurance contractée au profit d'un tiers, et nous pouvons dire, dès à présent, que l'art. 1973 nous paraît applicable à notre espèce; mais, dans le système de la jurisprudence, il nous semble bien difficile de justifier cette solution. Si l'article 1973 est considéré comme une exception à la prétendue prohibition de l'article 1119, on n'a pas le droit de l'étendre d'un cas à un autre, car les exceptions doivent s'interpréter restrictivement. De plus, n'y a-t-il pas quelque chose de factice dans l'analyse du contrat d'assurance, telle qu'elle est présentée dans les conclusions de M. Onofrio? On distingue deux opérations, deux contrats, l'un à titre onéreux entre le preneur d'assurance et la compagnie, l'autre à titre gratuit entre le preneur d'assurance et l'assuré.

Cette conception compliquée nous semble très éloignée de l'intention des parties. Je veux assurer un tiers contre le préjudice que lui causera ma

mort : il est tout simple que je stipule de la compagnie qu'elle versera l'indemnité entre ses mains, mais il n'y a là qu'un seul contrat, une pure stipulation pour autrui. Enfin, si on admettait l'existence de ces deux contrats, ne faudrait-il pas nécessairement annuler le contrat à titre onéreux, passé entre le preneur d'assurance et la compagnie? Le preneur d'assurance n'a pas d'intérêt pécuniaire à ce que la somme stipulée soit versée entre les mains du tiers; or, tout contrat, à titre onéreux ou à titre gratuit, est nul à l'égard du stipulant, s'il n'a pas pour but de lui procurer un intérêt pécuniaire (1).

140. Les mêmes critiques peuvent être dirigées contre un autre système, aujourd'hui presque unanimement adopté par les tribunaux, et qui voit dans l'assurance au profit d'un tiers une application de l'article 1121 C. civ. Nous ne pouvons mieux faire que de laisser la parole à M. Labbé, qui résume très bien les motifs de ces décisions judiciaires : « Il est permis, dit-il (2), d'attribuer à un tiers le bénéfice de l'assurance que l'on contracte : c'est une stipulation pour autrui autorisée par l'art. 1121. L'attribution ainsi faite constitue une libéralité affranchie des formes des donations par argument de l'art. 1973 du même Code. Une semblable clause de libéralité est une offre valable,

(1) Labbé, Sirey, 1877, 1, 393.
(2) De Montluc, p. 132 et suiv.

pourvu que la personne gratifiée soit individuellement déterminée; elle peut être révoquée par le stipulant jusqu'à ce que cette tierce personne l'ait acceptée. L'acceptation par le tiers peut survenir valablement après la mort du stipulant. L'acceptation rétroagit et fait considérer le tiers comme créancier direct de l'assureur, de telle sorte que le capital de l'assurance échappe aux créanciers héréditaires du stipulant, à moins que ceux-ci n'exercent avec succès l'action révocatoire pour cause de fraude. Au surplus, le capital assuré compte dans le patrimoine du stipulant, comme objet d'une libéralité par lui faite, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible (1). »

141. En étudiant la théorie de l'article 1121, nous avons déjà formulé contre ce système de graves objections. Il renferme trois contradictions, trois inconséquences qui doivent nécessairement, nous semble-t-il, le faire écarter. C'est d'abord l'effet rétroactif de l'acceptation du tiers. Si on admet que le preneur d'assurance fait à l'assuré une offre de libéralité, comment peut-on soustraire l'objet de cette offre au droit incontestable des créanciers? On ne peut offrir que ce qu'on a dans son patrimoine; par conséquent, le preneur d'assurance est nanti de la créance qu'il offre, et cette valeur doit former, comme toutes les autres, le gage de ses

(1) Rouen, 22 mars — 1881, Sirey, 82, 2, 40. — Nimes, 25 février 1880. — Sirey, 80, 2, 327.

créanciers. S'il en est ainsi, l'acceptation de l'assuré ne peut rétroagir. Elle ne peut pas davantage se produire après la mort du preneur d'assurance, car les offres disparaissent par la mort de ceux qui les ont faites. Enfin, comment admettre que l'acceptation du bénéficiaire lui confère une action contre la compagnie, alors que c'est le preneur d'assurance qui lui a fait une offre de libéralité? De deux choses l'une, en effet : ou bien la compagnie ne s'est pas engagée envers lui et il ne peut avoir d'action contre elle, ou bien elle s'est engagée envers lui, et il faut que son acceptation rencontre le consentement de la compagnie et non pas une offre émanée du preneur d'assurance.

142. Toutes ces contradictions disparaissent, lorsqu'on donne aux articles 1119 et 1121 leur véritable sens (1). Les stipulations pour autrui étant permises, l'assurance au profit d'un tiers ne rencontre aucun obstacle légal. Le preneur d'assurance joue le rôle d'un gérant d'affaires, comme tout stipulant pour autrui ; dès lors, la valeur stipulée n'entre pas dans son patrimoine et ne peut servir de gage à ses créanciers. L'assureur s'engage envers le bénéficiaire, représenté par son gérant. Ce dernier, si le bénéficiaire accepte, disparaît comme tout représentant, et le bénéficiaire est censé avoir contracté lui-même avec la compagnie : sa ratification rétroagit au jour du contrat (1). Elle peut être postérieure à

(1) V. *suprà*, n° 74.

la mort du gérant, elle peut émaner des héritiers du bénéficiaire (1). S'il n'accepte pas, la compagnie est-elle dégagée de son obligation, et va-t-elle s'enrichir du montant des primes versées? Non, car nous rencontrons ici un nouvel exemple de stipulation alternative pour soi-même ou pour autrui. L'assurance au profit n'un tiers est toujours doublée d'une assurance à l'ordre du souscripteur; par conséquent, si te tiers refuse de ratifier, la compagnie devra payer le capital à la succession du souscripteur. On a fait à ce système une objection qui ne nous paraît pas bien sérieuse. On a dit qu'il était dangereux pour le bénéficiaire. « Si, comme on le prétend, l'assuré agit pour le compte du bénéficiaire comme gérant d'affaires, ce dernier, en ratifiant, s'approprie le contrat d'assurance, et en méme temps qu'il devient créancier de l'assureur, il devient son débiteur personnel et direct pour le montant des primes (arg. de l'art. 1198 C, civ., dernier alinéa) (2). » Remarquons tout d'abord que ce danger, s'il existait, ne pourrait pas suffire à faire abandonner le système. Toute opération peut présenter des inconvénients, et, pourvu que le maître soit libre de ratifier ou de refuser, il n'a pas le droit de se plaindre des obligations contractées par son gérant. Mais, dans le cas d'une assurance sur la vie, l'objection est moins fondée que partout ailleurs. Le preneur d'assurance ne prend pas l'obligation de payer jus-

(1) Labbé, note. — Sirey, 1877. 1, 393.
(2) Levillain, note dans Dalloz, 1879, 2, 25.

qu'à sa mort une prime annuelle. Chaque année, le contrat ne se forme entre lui et la compagnie que s'il verse la prime; il peut donc se dispenser de la verser, et le maître qui prend sa place en ratifiant doit jouir de la même faculté (1).

143. Remarquons, en terminant, que la jurisprudence n'a pas tort de voir dans l'assurance au profit d'un tiers une libéralité. Le preneur d'assurance n'a pas, en général, l'intention de se faire rembourser les primes qu'il a versées; il veut en gratifier le bénéficiaire. Mais voici en quoi nous différons de la théorie adoptée par la jurisprudence. Bien que le souscripteur veuille faire une libéralité, il n'en joue pas moins le rôle d'un gérant d'affaires. L'objet de sa libéralité n'est pas le capital que devra verser la compagnie, c'est le montant des primes payées chaque année pour former le contrat. Il a géré l'affaire d'autrui *donandi animo*, sans avoir l'intention de se faire indemniser de ses dépenses.

(1) On aurait tort d'envisager l'assurance sur la vie comme un contrat, liant définitivement les parties. L'organisation et la comptabilité des compagnies, le fondement de l'assurance qui est basée sur une association, se liquidant chaque année, tout prouve que l'assurance sur la vie, quelle que soit sa durée, n'est qu'une succession d'assurances temporaires d'un an. Chaque année, le contrat se forme, et la prime est payable d'avance; aussi, chaque année, le preneur d'assurance peut se retirer de l'association. — Vernet, *Catéchisme de l'assurance*, 1re part. p. 32, et s. — *Moniteur des Ass.*, t. X, n° 121, p. 353 et suiv., n° 122, p. 386. — Taudière, *des Assurances sur la vie* (Th. de doct), p. 103 et suiv.

Nous avons étudié les règles qui régissent ces sortes de libéralités (1). Elles ne sont sonmises à aucune condition de forme, mais elles suivent les règles de fond applicables aux donations. Par conséquent, le montant des primes versées par le souscripteur devra compter dans sa succession pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, il sera sujet au rapport, si l'assurance est contractée au profit d'un héritier.

144. Nous n'avons pas la prétention d'avoir étudié toutes les applications intéressantes de la théorie des promesses et stipulations pour autrui, mais ces quelques exemples suffisent à mettre en lumière la différence capitale qui sépare, sur cette matière, le droit français du droit romain.

(1) V. Suprà, n° 102 *bis*, et suiv.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le principe de non-représentation s'appliquait, dans l'ancien droit romain, à tous les actes juridiques.

II. Le tiers qui a traité avec un esclave ou un fils de famille peut poursuivre le père ou le maître par une *condictio*, dans toute hypothèse, au lieu d'employer les actions dites *adjectitiæ qualitatis*.

III. La représentation directe ne fut pas admise, même dans le dernier état du droit, pour les contrats qui n'exigent aucune solennité.

IV. Le principe *nemo alienum factum promittere potest* signifie seulement que celui qui a promis le fait d'autrui n'est pas obligé.

V. Le principe *nemo alteri stipulari potest* signifie seulement que le stipulant n'a pas d'action contre

le promettant pour exiger l'exécution de la stipulation.

VI. Le règle *nemo alienum factum promittere potest* s'applique aux contrats de bonne foi aussi bien qu'aux contrats de droit strict.

VII. La *stipulatio pœnæ* adjointe à un contrat pour autrui confère toujours une action au stipulant.

VIII. La règle *nemo alteri stipulari potest* reçoit son application, même en matière de contrats de bonne foi.

IX. Quand un père stipule un fait pour son fils *in potestate* ou pour son esclave, la stipulation est nulle s'il n'a aucun intérêt pécuniaire à ce que le fait soit exécuté en y faisant intervenir son fils ou son esclave, valable s'il a un intérêt pécuniaire.

X. Il n'y a pas contradiction entre les deux solutions par lesquelles Justinien annulle pour moitié la stipulation *mihi et Titio* et valide pour le tout l'*emptio mihi et Titio*.

DROIT FRANCAIS.

I. Les articles 1119, 1120 et 1121 du Code civil n'ont trait qu'aux effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du promettant et du stipulant,

II. Dans toute promesse pour autrui, on doit, jusqu'à preuve contraire, présumer que le promettant n'a pas entendu se porter fort de la ratification.

III. Si le tiers ne ratifie pas la promesse faite en son nom, le porte-fort n'est pas tenu, en principe, de remplir à sa place l'obligation qu'il a contractée pour lui.

IV. Tant que le tiers n'a pas ratifié, le porte-fort ne peut pas se substituer à lui et prendre l'opération pour lui-même.

V. L'article 1121 accorde au stipulant le droit de révocation qui appartient à toute personne qui fait une offre de libéralité.

VI. Le tiers qui a déclaré vouloir profiter de la stipulation, d'après l'article 1121, a une action directe et personnelle contre le promettant ; mais cette action, étant bien distincte de l'action née du contrat principal entre le stipulant et le promettant, ne jouit pas des privilèges, hypothèques et autres sûretés dont celle-là est munie.

VII. Le tiers qui ratifie la promesse ou la stipulation pour autrui est censé avoir contracté lui-même par l'entremise d'un représentant.

VIII. L'acquisition faite par le mari pour servir

de remploi à un propre de sa femme est une acquisition pour autrui, régie par les règles de la gestion d'affaires.

IX. L'acquéreur sous réserve de déclarer command joue le rôle d'un gérant d'affaires, et perd le droit de s'approprier l'acquisition, dès qu'il a fait connaître le nom du véritable intéressé.

X. L'assurance sur la vie au profit d'un tiers est une stipulation pour autrui, régie par les règles de la gestion d'affaires.

DROIT COMMERCIAL.

La non-rétroactivité de la ratification donnée par un failli tient aux règles spéciales de l'art. 446 du Code de commerce.

PROCÉDURE.

Un appel interjeté par un absent dans le délai de la loi peut être ratifié après le terme fatal.

DROIT CRIMINEL

I. L'article 55 du Code pénal édicte une solidarité parfaite entre les co-auteurs d'un même crime ou délit.

II. La solidarité doit être prononcée contre les prévenus condamnés pour des faits différents, lorsqu'il y a connexité entre ces faits.

DROIT ADMINISTRATIF

Les chemins ruraux non reconnus font partie du domaine privé.

Vu par le Président de l'acte public,
C. DE LA MÉNARDIÈRE.

Vu par le Doyen honoraire délégué,
TH. DUCROCQ.

Vu et permis d'imprimer, Poitiers, le 26 juin 1884,
Pour le Recteur, en tournée,
L'Inspecteur d'Académie delégué,
O. BELLANGER.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES.

INTRODUCTION 1

DROIT ROMAIN

CHAPITRE Ier. Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du tiers. . . . 14

ARTICLE 1er. — Du principe de non-représentation et de sa portée. 14

§ 1er. — Contrats conclus par un *extraneus* . . . 14

§ 2. — Contrats conclus par une personne en puissance. 22

ARTICLE 2. — Réformes prétoriennes 28

ARTICLE 3. — Transformation du principe de non-représentation. 47

§ 1er. — Actes constitutifs de droits réels . . . 50

§ 2. — Actes producteurs d'obligations. 58

§ 3. — Actes accomplis par un gérant d'affaires. 71

CHAPITRE II. — Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du promettant et du stipulant. 78

ARTICLE 1er. — De la règle « nemo alienum factum promittere potest «. 79

PAGES.

ARTICLE 2. — De la règle « alteri nemo stipulari potest ». 93

§ 1er — Contrats de droit strict 98

§ 2. — Contrats de bonne foi. 104

ARTICLE 3. — De la promesse et de la stipulation pour autrui, jointes à une promesse ou une stipulation pour soi-même. 109

§ 1er — Promesse *ego aut alius*, et stipulation *mihi aut alii*. 110

§ 2. — Promesse *ego et alius*, et stipulation *mihi et alii*. 112

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE Ier. — Aperçu général de la théorie des contrats pour autrui en droit français. 119

CHAPITRE II. — Effets de la promesse pour autrui dans la personne du promettant. 134

§ 1er. — Dans quels cas le promettant pour autrui contracte une obligation. 136

§ 2. — De la nature et de l'étendue de l'obligation du promettant. 144

CHAPITRE III. — Effets de la stipulation pour autrui dans la personne du stipulant. 154

ARTICLE 1er. — Le stipulant est intéressé à l'exécution de la stipulation. 155

ARTICLE 2. — La stipulation pour autrui est liée à un contrat pour soi-même. 161

§ 1er — Stipulation pour autrui à titre de condition. 162

§ 2 — Stipulation pour autrui à titre de charge. 165

ARTICLE 3. — Stipulation pour autrui qui contient une libéralité. 185

PAGES.

CHAPITRE IV. — Effets de la promesse et de la stipulation pour autrui dans la personne du tiers 197

ARTICLE 1er. — De la ratification du contrat pour autrui 198

§ 1er — Nature de la ratification 198

§ 2 — Effets de la ratification 205

ARTICLE 2. — De quelques applications de la théorie des contrats pour autrui. 218

§ 1er — Remploi d'un propre de la femme fait par le mari. 219

§ 2. — Vente avec déclaration de command. . . 234

§ 3. — Assurance sur la vie au profit d'un tiers. . 238

Paris. — Imprimerie G. Rougier et Cie, rue Cassette, 1.